MÓDULO
INSTRUCCIONAL

ASPECTOS PROCESALES EN MATERIA FAMILIAR

AUTOR:
José Manuel Marco Cos.

PLENO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA DE EL SALVADOR

Presidenta
Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios
Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez
Dra. María Hortensia Cruz de López
Dr. René Mauricio Castillo Panameño
Dr. Jaime Benjamin Trabanino Llobell
Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez
Lic. José Ricardo Reyes Escoto

Escuela de Capacitación Judicial
Dr. José Ernesto Criollo - Director
Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Proyecto de Capacitación Incial y Continua de Operadores Jurídicos.
AECI - CNJ

Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España
Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación
Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ
Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño
Diseño: Licda. Patricia Martínez
Diagramación: Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura
Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador
Tels. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

INDICE

Presentación

I. Uniones de hecho 1

Anexo de Jurisprudencia Española 25

II. Protección de la vivienda familiar 79

Anexo de Jurisprudencia Española 98

III. La pensión compensatoria 129

Anexo de Jurisprudencia Española 154

VI. Procedencia y valuación del daño moral en los conflictos familiares 191

Anexo de Jurisprudencia Española 214

P R E S E N T A C I Ó N

Los materiales que integran este libro fueron utilizados como textos de apoyo para el curso “Aspectos Procesales en Materia Familiar”, organizado por el Consejo Nacional de la Judicatura mediante su Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", gracias al apoyo del Proyecto de fortalecimiento de la capacitación inicial y continúa de operadores jurídicos de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Esa actividad fue destinada a Jueces, Magistrados de Segunda Instancia, colaboradores jurídicos de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Secretarios de Juzgados de Familia y Agentes Auxiliares de la Procuraduría General de la República, todos con competencia en materia de Derecho de Familia y se realizó en septiembre y octubre de 2004.

En vista del valioso aporte académico que constituye para la comunidad jurídica el contenido de aquellas lecciones y como muestra de su política de extensión y amplio acceso a los beneficios de capacitaciones especializadas, el Consejo ha decidido poner dicho material a disposición de un mayor número de operadores jurídicos. De ese modo, también se enriquece la bibliografía nacional en Derecho de Familia.

El uno de octubre de 1994, entró en vigencia en nuestro país la normativa material y procesal de Derecho de Familia. A una década del nacimiento de la jurisdicción familiar debe reconocerse su importancia en la obtención de una nueva cultura de paz, de armonía social y la vigencia de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. La familia es un grupo de personas relacionadas en múltiples aspectos; son relaciones estables y recurrentes, conyugales, parentales, fraternales. En estos grupos se comparte mandatos, códigos, paradojas y reglas construidas a lo largo de generaciones, que los lleva formar paradigmas y posteriormente crea una identidad familiar. Los paradigmas de las familias resultan invisibles cuando no hay crisis, pero cuando aparece el conflicto esta trama invisible se patentiza, la cual debe tomarse en cuenta irremediablemente dentro del sistema de administración de justicia.

En esta obra se tratan cuatro temas de Derecho de Familia sustantivo. Se expone el tema de las Uniones de Hecho o no matrimoniales, su régimen económico y cargas familiares, vivienda, hijos, derecho sucesorio, cualidad de perjudicado, medidas de protección, medidas cautelares, disolución del régimen, pensión compensatoria y alimentos. En la protección de la vivienda familiar, se analiza el tratamiento legislativo

de la protección de la vivienda familiar cuando la familia permanece unida, examinando el artículo 46 del Código de Familia de El Salvador, planteamientos de interpretación posible y consideraciones sobre si se requiere un acto constitutivo expreso. Otro de los temas importantes incluidos en el presente libro y que amerita destacarse por su actualidad y relevancia es el de la pensión compensatoria, su naturaleza alimenticia, indemnizatoria o de simple factor de equilibrio, diferencias con otras instituciones, subordinación al principio de rogación y criterios para la concesión, la precisión de su cuantía, duración, revisión, extinción y protección penal. Finalmente, se trata el Daño Moral como una institución moderna, los bienes afectados, la posibilidad indemnizatoria, si es una previsión legal abierta o cerrada y algunas cuestiones procesales sobre la prueba, valoración, si es proceso autónomo, así como la prescripción de la acción.

Entre las ventajas del presente libro está la continua relación de derecho comparado de la jurisprudencia española a la jurisprudencia nacional y el análisis de estas fuentes a la luz de la Constitución de la República de El Salvador. La doctrina sobre la materia es acoplada en cada caso a nuestra realidad nacional, haciéndose -algunas veces- referencia y comparación con la jurisprudencia extranjera. De ésta última se incluye una selección respecto a cada uno de los temas, inmediatamente después de su desarrollo doctrinario o expositivo. Se trata de sentencias de juzgados o tribunales españoles, que el autor de estos textos ha considerado pertinentes para ilustrar las ideas expuestas y dar a los operadores salvadoreños unas referencias prácticas de su aplicación. Específicamente, en las sentencias sobre uniones de hecho o no matrimoniales, el Tribunal Supremo Español sostiene que para entender que los bienes adquiridos durante la unión no matrimonial pertenecen a quienes la integraron, debe probarse la voluntad de los mismos de hacer comunes dichas adquisiciones. Respecto a la pensión compensatoria, encontramos cinco sentencias que permite formarse una idea cabal sobre cuáles son los criterios dominantes en los tribunales españoles acerca de esta materia, cuya disciplina positiva es notablemente similar a la contenida en el Código de Familia salvadoreño. En las sentencias de protección de la vivienda familiar, a partir de las cinco sentencias del Tribunal Supremo de España que se transcriben, se puede conocer tanto el rango legal y jurisprudencial que alcanza la protección a la vivienda familiar, como que el instrumento legal de dicha protección no es solamente la norma que exige el acuerdo de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición y gravamen. Medio legal de articular la protección son también los preceptos que, en los casos de ruptura, prevén que los cónyuges o el juez decidan acerca de la atribución a uno de ellos, del uso de la vivienda familiar. Finalmente, se incluyen cinco sentencias sobre Daño Moral, que permiten una aproximación al concepto de daño moral, su carácter

extrapatrimonial y la evaluación a los fines indemnizatorios. Particularmente, la quinta sentencia expone los criterios restrictivos del Tribunal Supremo Español en el tratamiento de un supuesto en el que se denegó la indemnización del daño moral, que el demandante basaba en la infidelidad de la esposa.

Además de la valiosa asistencia del Proyecto antes mencionado, el Consejo agradece especialmente el esfuerzo de producción académica del autor de estos textos: el Doctor José Manuel Marco Cos, de nacionalidad española, quien actualmente se desempeña como Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón y además es Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón, España.

El Consejo Nacional de la Judicatura tiene el agrado de ofrecer a los destinatarios de sus servicios esta nueva obra, que no dudamos servirá para incentivar el análisis, discusión y orientación de la práctica jurídica hacia el Derecho de Familia, como institución fundamental de la sociedad y del Estado de Derecho.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
Diciembre 2004.

I. UNIONES DE HECHO

José Manuel Marco Cos.
Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón (España).

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Concepto. 3. Recepción de la unión de hecho en el Derecho Salvadoreño. 4. Declaración de existencia de la unión. 5. La unión de hecho en armonía: a) régimen económico y cargas familiares, b) vivienda, c) hijos, d) derecho sucesorio, e) cualidad de perjudicado, f) la norma de cierre. 6. Crisis de la unión de hecho. Consecuencias: a) medidas de protección, b) medidas cautelares, c) disolución del régimen económico, d) vivienda, e) hijos, f) alimentos, g) pensión compensatoria. 7. Régimen de la unión de hecho no regulada en el Código de Familia.

1. Introducción

El Derecho no puede permanecer de espaldas a parcelas importantes de la realidad y de las relaciones sociales, que tienen además una manifiesta trascendencia jurídica, como son las uniones de hecho, denominadas de varios modos por doctrina y jurisprudencia ("unión de hecho", "unión libre", "relación extramatrimonial", "convivencia extramatrimonial", "convivencia more uxorio", "unión estable de hecho", "convivencia marital", "familia no matrimonial", "familia de hecho", "familia natural", "familia paralela", "unidad de convivencia estable", etc.)

Si bien esta pluralidad de denominaciones tiene un denominador común, cual es la referencia a una relación convivencial entre dos personas, en ocasiones carente de regulación legal sobre su existencia y los efectos personales y económicos o patrimoniales entre los propios convivientes y respecto a terceros, abarca situaciones muy diversas merecedoras de distinto trato. Junto a la unión de hecho heterosexual de un hombre y una mujer que no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio, nos encontramos con la de quienes no pueden contraerlo en derecho aunque quieran, como ocurre con los homosexuales y los ligados por vínculos de parentesco, respecto a los que se suscita ya la primera cuestión de si su relación debe ser objeto

de regulación por la ley[1].

Mientras en unos ordenamientos jurídicos existe una regulación institucionalizada de las uniones de hecho, en otros está pendiente la asunción ordenada de dicha realidad y tan sólo se cuenta con menciones aisladas o con una disciplina fragmentaria[2].

Al abordar la cuestión relativa a las normas que afrontan la realidad de las uniones de hecho e intentan su regulación, siquiera en forma parcial, cabe establecer una distinción:

a. De un lado estarían aquellas normas cuyo objeto específico de regulación jurídica es la relación entre un hombre y una mujer que conviven, en sí misma considerada: las que podríamos llamar normas de Derecho matrimonial y de familia.

b. De otro lado estarían las normas que no tratan de regular en cuanto tal la relación de convivencia entre un hombre y una mujer, sino un tema completamente diferente (responsabilidad por daños, arrendamientos...); pero en cuyos supuestos de hecho tal relación aparece o puede aparecer como elemento o dato relevante. En las primeras, los aspectos personales y patrimoniales específicos de la relación de convivencia son el objeto de la regulación. En las segundas, la relación de convivencia no es sino un dato del que la norma "toma nota", por así decirlo, como uno de los presupuestos de su aplicación.

Es únicamente en este segundo grupo de preceptos en el que para algún autor se impone, en línea de principio, la plena equiparación entre uniones matrimoniales y uniones libres. Otorgar al compañero o compañera indemnización por causa de muerte; reconocerle en ese caso los derechos sociales correspondientes o el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento del piso en que convivían; tomar en cuenta la convivencia more uxorio en la agravante/atenuante de

---

1. BUSTOS GOMEZ RICO, M.: "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho. Consejo General del Poder Judicial. CDJ 972003. Madrid 1997.

2. En España falta una regulación integral por el ordenamiento estatal de las uniones de hecho, sin perjuicio de algunas menciones aisladas a dicha situación fáctica y de su regulación por algunas Comunidades Autónomas. En cuanto a la posibilidad de uniones entre parejas del mismo sexo, la exclusión de la posibilidad legal de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo deriva del Art. 32 de la Constitución Española ("El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"), así como del Art. 44 del Código Civil ("El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de éste Código"). Prohibición que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sentencias de 2 de julio de 1987, 8 de julio de 1988 y 3 de marzo de 1989, entre otras- extiende a los transexuales, pues aunque se les permite y reconoce la facultad de hacer constar en el Registro Civil tal característica, no gozan de otra posibilidad para obtener el reconocimiento jurídico de su estado y la regulación de los efectos que se producen en sus relaciones internas y externas que la que dimana de un nueva Ley que, de modo genérico o específico acorde a sus especiales circunstancias y características, prevea y norme su estado.

parentesco o como causa de exclusión de la pena por encubrimiento; eximir a un miembro de la pareja no casada de la obligación de declarar en contra del otro... En ninguno de estos casos puede hablarse propiamente de una asimilación entre parejas casadas y no casadas que conlleve un serio debilitamiento de la familia matrimonial o que pugne contra el principio de "libertad individual de elección" entre modelos alternativos de convivencia[3].

2. Concepto

Podemos definir la unión de hecho, siguiendo a la doctrina, como la "unión duradera, exclusiva y estable entre dos personas de sexo diferente y de capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos"[4].

Por la mayoría de la doctrina se consideran elementos o requisitos esenciales de la unión de hecho para que puedan producir efectos jurídicos los siguientes: a) la heterosexualidad, b) la capacidad de los sujetos (que para unos debe de coincidir con la exigida para contraer matrimonio, mientras que para otros debe ser la precisa para contratar), c) la relación sexual monogámica (que para algunos incluye la procreación), d) la voluntad continua o afectio, e) la comunidad de vida estable y duradera desarrollada en un único domicilio, f) la notoriedad (excluyente de las relaciones ocultas y secretas), g) la ausencia de toda formalidad como presupuesto de validez (lo que no impide la existencia de pactos escritos regulando las relaciones entre los convivientes y sus efectos).

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 47/1993, de 8 de febrero, considera que a los fines de la protección constitucional de quien conviven “more uxorio” es suficiente la existencia de una unión de hecho, afectiva y estable de una pareja constituida voluntariamente, cualesquiera que sean las circunstancias o motivaciones que han podido determinar la constitución como el mantenimiento de esa unión no matrimonial.

Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Supremo español, en la sentencia de 18 de mayo de 1992 señala que "La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años,

3. PANTALEÓN PRIETO, F.: “La autoregulación de la unión libre”. Revista del Poder Judicial, nº 4. Madrid 1986.

4. ESTRADA ALONSO, Eduardo: “Las uniones extramatromoniales en el Derecho civil español”, 2.ª edic., Cívitas, Madrid, 1991.

practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar".

El concepto de unión de hecho se da normalmente por exclusión del concepto del matrimonio. Se piensa en un matrimonio sin constitución legal. Pero no se puede dar un concepto y una calificación jurídica per relationem y por exclusión. Ante todo, hay que distinguir un concepto estricto y un concepto amplio de la unión de hecho[5].

El concepto estricto de la unión de hecho es el que recuerda el matrimonio en el modo de comportarse como unión "paramatrimonial", como "matrimonio de hecho". En este sentido estricto se define como la unión de un hombre y una mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución, que se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida, continuada y estable, en un mismo hogar.

El concepto amplio de unión de hecho no tiene que limitarse a la similitud con el matrimonio. No puede perderse de vista que no se plantea su regulación positiva, sino la previsión de sus efectos: es un hecho, que si se da no puede obviarse, y hay unos efectos, que no pueden ignorarse. Así, el concepto amplio se concreta en una convivencia y, respecto al matrimonio, se puede ampliar en tres frentes: (1.º) el sexo, (2.º) la unidad y (3.º) el parentesco. (1.º) La unión de hecho puede ser heterosexual o también homosexual (esta doble posibilidad la contempla la actual Ley de Arrendamientos Urbanos española de 24 de noviembre de 1994, en diversos artículos que se refieren a la convivencia "de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual", pero solamente para reconocer determinados derechos arrendaticios). (2.º) La unión de hecho puede ser o no monógama; puede darse el hecho de convivencia de un hombre y una mujer (o bien, hombre-hombre, mujer-mujer) y también de un hombre con varias mujeres o una mujer con varios hombres (o bien, hombre-hombres, mujer-mujeres). (3.º) La unión de hecho puede darse también entre personas parientes, en cualquier grado, entre sí; si se da el hecho de la convivencia de hermano con su hermana, por ejemplo, el Derecho no puede ignorar efectos jurídicos que se produzcan, como hijos que hubiere, perjuicio que pudiera sufrir uno de ellos por el abandono por el otro, etc.

La *unión de hecho,* en sí misma considerada, no siempre ha

5. O'Callaghan Muñoz, J.: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho". Ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho (CDJ 972001). Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997.

estado prevista expresa y orgánicamente por el ordenamiento. Desde esta perspectiva, ha sido ajurídica, pero no antijurídica. Ha podido carecer de normativa legal, pero, como hecho jurídico, ha producido o ha podido producir una serie de efectos (relaciones personales, intereses económicos y filiación) con trascendencia jurídica y, como tales y aun no pensados para cada supuesto, han sido regulados por el Derecho.

3. Recepción de la unión de hecho en el Derecho Salvadoreño.

En el Derecho salvadoreño se recoge la realidad social evidente que constituyen las uniones de hecho, cuya recepción normativa es notablemente amplia[6]. Ello hace en gran medida innecesario el recurso a la analogía para procurar la aplicación a esta situación de las normas reguladoras del derecho de familia, a diferencia de lo que sucede en otros regímenes en que carecen de regulación o la misma es fragmentaria.

a. La Constitución garantiza la protección de la familia por parte del Estado, sin que la falta de matrimonio afecta a los derechos que se establezcan a favor de aquella (Art. 32) y prevé la regulación de las "relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer" (Art. 33), con lo que viene a definir el ámbito de la unión de hecho como la de carácter heterosexual, por lo menos en la forma contemplada por el ordenamiento jurídico, que coincide con el que antes hemos visto es el concepto estricto.

En el mismo sentido, se asegura la protección de "todo menor" (Art. 34) y la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio (Art. 36).

b2. Como no podía ser menos, la más completa y amplia regulación de la institución se encuentra en el Código de Familia, al incluir en el concepto de familia la unión no matrimonial (Art. 2) que, por lo tanto, es beneficiaria de la acción protectora del Estado (Art. 3).

Puede entenderse que los artículos 8 y 9 CF son normas de cierre, en la medida en que permiten la proyección sobre la unión no

---

6. Con referencia al derecho comparado latinoamericano y sin pretensión de exhaustividad, puede citarse la Ley panameña de 12 de diciembre de 1956, que convierte la unión libre, con diez años de duración, en matrimonio, después de llevar a cabo un pequeño trámite tras el cual se inscribe el peculiar matrimonio en el Registro del Estado civil con todas las consecuencias jurídicas del matrimonio civil. La Carta Magna boliviana de 24 de noviembre de 1945 regula como matrimonio diferente al civil, el matrimonio de hecho, que comienza a producir efectos a los dos años de duración. De igual manera se contempla en el Código de Familia Boliviano. En Nicaragua, la Constitución de 1995 declara la protección por el Estado del matrimonio y de la unión de hecho estable. Coincide con el Art. 12.2 CPrPenal en la medida en que el conviviente del fallecido a causa de un hecho delictivo es considerado víctima.

matrimonial de la normativa global sobre derecho de familia. En este sentido, el artículo 8 dispone que "La interpretación y aplicación de las disposiciones de este Código deberán hacerse en armonía con sus principios rectores y con los principios generales del Derecho de Familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución de la República y en los tratados y convenciones internacionales ratificados por El Salvador". Y dice el artículo 9 CF que "Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad". La aplicación de estos preceptos podría hacer posible la extensión a la disciplina legal de las uniones de hecho de toda la normativa de derecho de familia que les sea susceptible de aplicación.

Es destacable que el Código de Familia dedique una parte ordenada de su articulado a la regulación expresa de la unión no matrimonial, de la que su artículo 118 ofrece una definición legal, al decir que "es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años". Se caracteriza, por lo tanto, por ser heterosexual, estable (lo que se quiere acreditar por el requisito de temporalidad, que se fija en tres años), monógama y notoria.

En los artículos 128 al 125 se detalla su disciplina legal: el régimen económico y cargas familiares (Art. 119), la protección de la vivienda (Art. 120), los derechos sucesorios (Art. 121) y la consideración del conviviente como perjudicado (Art. 122), así como las consecuencias del cese (Art. 124) y otros aspectos de orden procesal (Arts. 123 y 125).

Además de esta regulación integral, el mismo CF es sensible a la existencia de esta realidad, en derecho salvadoreño no sólo social, sino también legal e institucionalizada. Así, la tiene en cuenta al definir la relación de parentesco (Art. 129) y establecer que su régimen legal no ha de contradecir lo previsto en otras normas sobre las uniones de hecho (Art. 126).

Pueden citarse otras menciones aisladas. La convivencia no matrimonial se tiene en cuenta en las prohibiciones al tutor (Art. 325.3 CF) y en las inhabilidades para el desempeño del cargo (Art. 301.6 CF).

c. La Ley contra la Violencia Intrafamiliar considera que son de carácter familiar, a los fines de su aplicación, las relaciones entre convivientes e incluso entre quienes lo fueron y ya no lo son (Art. 1).

d. Como no podía ser menos, una vez que el derecho material se muestra sensible a la existencia de la unión de hecho y la dota de realidad jurídica, la Ley Procesal de Familia, se ocupa de las vertientes procedimentales de la declaratoria de unión no matrimonial (Arts. 126 y 127 y Art. 205) y de varios aspectos referentes a las situaciones de crisis de la unión (Arts. 128 y 129 LPF).

e. En un ámbito normativo diferente al estrictamente familiar, la Ley de Inquilinato permite la subrogación en la relación arrendaticia del compañero de vida del titular de la misma al fallecimiento de éste (Art. 27).

f. Fuera del marco civil y ya en el estrictamente punitivo, el Código Penal es pródigo en referencias a la unión no matrimonial. La tiene en cuenta, en la parte general, en la circunstancia atenuante de arrebato (Art. 29.3), en la ambivalente del artículo 31 CP, en la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 78). Por lo que respecta a la parte especial, es susceptible de dar lugar en determinados casos a la agravación específica de delitos contra la libertad sexual (Arts. 162.1, 168.4). Y constituye excusa absolutoria en el delito de falso testimonio (Art. 305, párrafo último) y en el encubrimiento (Art. 308 CP).

g. En el mismo ámbito penal, el Código Procesal Penal tiene en cuenta la existencia de relación afectiva de hecho similar a la matrimonial al regular la consideración de víctima (Art.12.2), los impedimentos que afectan al juez (Art. 73, apartados 2, 3, 5, 6, 7 y 11), el nombramiento de defensor del imputado (Art. 107), la dispensa de testificar (Art. 186) y el interrogatorio del testigo (Art. 191) y del imputado (Art. 260), las prohibiciones de denunciar (Art. 232), la dispensa de la obligación de denunciar los delitos de acción pública (Art. 232) y la legitimación para promover el proceso de revisión de sentencia firme (Art. 432.3).

Pese a todo, la misma ley que reconoce su existencia y la eleva al rango de institución jurídica se cuida de diferenciarla de la que se ha venido considerando el núcleo básico de la familia, como es el matrimonio. En este sentido, obsérvese que, aunque el inciso último del artículo 32 de la Constitución diga que la falta de matrimonio "no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia", antes ha dicho el segundo párrafo del mismo precepto que "El fundamento legal de la familia es el matrimonio". Y, si bien dispone

el artículo 2 CF que la familia está constituida (además de por el matrimonio) por la unión no matrimonial, también establece el artículo 7 CF que "El Estado fomentará el matrimonio". En definitiva, tan cierto es que se reconoce y se dota de rango institucional a las uniones de hecho que se ajustan a las características del artículo 118 CF, como que sigue siendo distinto el rango del matrimonio, al que no se equiparan aquellas, por más que se reconozcan a su favor determinados derechos.

Al tratar el régimen jurídico de la unión de hecho debemos diferenciar dos situaciones muy distintas, pues no puede ser la disciplina legal la misma cuando la unión de hecho existe como una realidad jurídica sustentado, al menos aparentemente, en el afecto de sus miembros, que en el momento en que aquella entra en crisis y queda abocada a su desaparición como tal.

4. Declaración de existencia de la unión.

Dispone el Art. 123 CF en su primer párrafo que para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial se requiere declaración previa de su existencia y que procederá ésta al acaecer el fallecimiento de uno de sus integrantes o la ruptura.

Aunque pudiera parecer que esta constatación judicial de la existencia de la unión ha de tener lugar precisamente cuando la misma ya no existe como tal, la lectura del resto del precepto, en relación con otros integrados en la disciplina legal del régimen familiar, muestra que no es así y que dicha declaración puede tener también lugar cuando la unión permanece, esto es, se mantiene en armonía.

En este sentido, vemos que ya el mismo Art. 123 CF dice en su segundo párrafo que siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para el ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en el mismo cuerpo legal, deberá la misma declararse judicialmente. En la misma línea, también el artículo 205 LPF contempla la solicitud de declaratoria de la unión presentada conjuntamente por los dos convivientes para el ejercicio de un derecho reconocido en el Código de Familia

También es claro el artículo 127 LPF cuando, en sede de regulación de la declaratoria de la unión no matrimonial, establece que la petición para acreditar la calidad de conviviente a fin de hacer uso de los derechos que otorga el CF puede ser presentada por uno solo de los cónyuges durante la existencia de ese estado, lo que pone de manifiesto que para conseguir la declaración judicial no es necesario que se haya puesto fin a la unión por muerte de uno de sus integrantes o, simplemente, por la ruptura de la misma.

Abunda en esta posibilidad el artículo 120 CF cuando hace extensible a la unión de hecho la protección a la vivienda que proclama el artículo 46 CF, en muchas ocasiones (piénsese en desavenencias sobre la realización de determinado negocio jurídico sobre la vivienda familiar, o en la petición de uno de los convivientes de que se declare nulo el negocio realizado por el otro sin su consentimiento).

Finalmente, cuando el artículo 124 CF detalla los pronunciamientos que debe tener la sentencia que declare la unión acerca de su duración, hijos y otros extremos, se refiere expresamente a los supuestos del primer párrafo del artículo 123 CF ("en los casos del inciso primero del artículo precedente", dice), que son los de muerte de uno de los miembros de la unión no matrimonial o ruptura de ésta, lo que viene a poner de manifiesto que puede tener lugar dicha declaratoria en supuestos que no sean los del inciso primero del artículo 123 CF y, en consecuencia, durante la existencia de la unión no matrimonial.

5. La unión de hecho en armonía.

El artículo 118 del Código de Familia, al que antes se ha hecho referencia, contiene una definición legal de la unión de hecho, o no matrimonial, como la denomina, al decir, en primer lugar, que es la constituida por un hombre y una mujer que hacen vida en común. A la vez, expone los requisitos sin los cuales no podremos hablar de unión no matrimonial en el sentido estrictamente legal, como son que la convivencia sea libre, en forma singular, continua, estable y notoria y finalmente, que dure tres años como mínimo, exigencia temporal que de algún modo garantiza el carácter estable de la unión.

a) Régimen económico y cargas familiares.

El régimen económico de la unión de hecho que contempla el Código de Familia es el de participación en ganancias, al que remite el artículo 119 CF.

Por lo tanto, serán de aplicación los artículos 51 al 61 CF. En suma, cada conviviente adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro mientras dure la unión. La verificación de cuáles hayan sido tales ganancias y el grado concreto de participación se difieren al momento del cese de la relación, teniendo entre tanto cada uno la administración de sus bienes privativos, tanto de los que tuviera al inicio como de los que adquiera vigente la relación (Art. 52 CF). Y si adquieren conjuntamente un bien, será de ambos en régimen de proindiviso o comunidad romana (Art. 53 CF).

En la misma línea de asimilar la unión de hecho al matrimonio, pues si así no fuera en los aspectos más importantes no se dispensaría la protección a la familia que el legislador proclama, el párrafo segundo del artículo 119 CF remite a lo que establece el artículo 38 CF en lo que respecta a los gastos de la familia. En consecuencia, los integrantes de la unión de hecho, al igual que los cónyuges, tienen la obligación de hacer frente a los gastos de la familia en proporción a sus recursos económicos. Y para el caso de que uno de los convivientes careciera de bienes, se considera que su contribución a tales gastos consiste en el trabajo en el hogar o en el cuidado de los hijos, actividades éstas que, por otra parte, tienen un indudable significado económico.

b) Hijos.

Es evidente que, por el firme propósito legal de protección de la familia y de los hijos (Arts. 32 al 34 de la Constitución), los hijos nacidos de la unión no matrimonial tienen los mismos derechos que los matrimoniales frente a su progenitor (Art. 36 Const.).

Por esta igualdad de trato, mientras la unión no matrimonial dure en armonía, sus integrantes ostentan respecto de sus hijos los derechos y deben hacer frente a las obligaciones de los artículos 206 y siguientes del Código de Familia, lo que no plantea problemas distintos a los que pueden darse en el matrimonio en lo relativo a las relaciones con los hijos.

c) Vivienda

Al igual que en otras vertientes a las que se acaba de hacer referencia, también en lo que respecta a la vivienda se hace extensible a la unión no matrimonial regulada en el Código de Familia la protección que el CF dispensa a la vivienda familiar que alberga al matrimonio.

Dispone por ello el artículo 120 CF que es aplicable al inmueble que sirve de habitación a los convivientes y a su familia lo que establece el artículo 46 CF. Por lo tanto, se requiere el consentimiento de los dos integrantes para la enajenación y constitución de derechos reales sobre el inmueble que constituya la vivienda familiar. En caso de desacuerdo, deberá decidir el juez, siempre atendiendo al bien de la familia.

d) Derecho sucesorio

Los miembros de la unión tienen respecto del otro integrante, los mismos derechos sucesorios que los cónyuges, tal como dispone el artículo 121 CF.

Deberá acudirse, por lo tanto, a la disciplina legal contenida en los artículos 981 y siguientes del Código Civil (CC). Con arreglo a los artículos 988 y 989 CC, el conviviente es llamado a la sucesión intestada del otro en primer lugar, en igualdad con los hijos y los progenitores del causante fallecido, con quienes se habrá de repartir, por iguales cuotas, el caudal hereditario.

e) Cualidad de perjudicado

El artículo 122 CF reconoce al conviviente la condición de perjudicado en caso de muerte del otro. Con tal cualidad, tendrá derecho a reclamar del responsable civil del hecho dañoso la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido[7].

Se trata de un reconocimiento legal tal vez excesivamente restringido, al quedar reservada aquella cualidad de perjudicado a los casos en que el daño provenga de la muerte del otro miembro de la unión no matrimonial.

Desde una perspectiva más flexible y acorde a la tutela que merece todo perjudicado por un hecho dañoso, podría llegarse a la conclusión de que el contenido del artículo 122 CF donde el conviviente que se sienta perjudicado por cualquier hecho dañoso que afecte directamente al otro, aunque no se trate de la muerte (piénsese en un accidente como consecuencia del cual uno de los miembros de la unidad no conyugal queda tetrapléjico, lo que supone un daño material y moral para el otro), pueda reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La diferencia con el supuesto regulado en el artículo 122 CF consistirá en que, mientras en el caso de la muerte de uno de los integrantes la ley considera al otro perjudicado, a modo de presunción "iuris et de iure" y le define como tal, cuando el perjuicio no tenga su origen en la muerte, nada impide que el otro reclame la correspondiente indemnización al amparo de la normativa reguladora de la culpa extracontractual o por cuasidelito (Art. 2065, 2080 CC y, concordantes) o, si se trata de un hecho delictivo, amparándose en la responsabilidad civil derivada del delito (Arts. 114 ss. CP), si bien deberá acreditar suficientemente su condición de perjudicado, es decir, que ha sufrido un daño material o moral apreciable y susceptible de evaluación por los tribunales.

7. Coincide con el Art. 12.2 CPrPenal en la medida en que el conviviente del fallecido a causa de un hecho delictivo es considerado víctima.

f) La norma de cierre

El artículo 126 CF es una verdadera norma de cierre en la disciplina legal de los derechos que se reconocen a favor de la unión de hecho o, más bien, de sus integrantes, al decir que "Lo dispuesto en el presente título debe entenderse sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan a favor de los convivientes o compañeros de vida".

Queda así abierta la posibilidad de que, atendiendo a lo que disponga normativa diferente a la del Código de Familia (seguridad social, pensiones, etc.), puedan los integrantes de una unión de hecho, aunque ni siquiera haya sido expresamente reconocida como tal mediante la correspondiente declaración judicial, disfrutar de los derechos que la tal normativa reconozca en su favor.

6. Crisis de la unión de hecho. Consecuencias.

Las crisis y, sobre todo, la ruptura de la unión no matrimonial, como la de la conyugal, producen una serie de consecuencias económicas y estrictamente personales, derivadas de forma directa e inevitable de la quiebra del afecto que condujo a dicha unión y del cese de la vida en común.

La ley prevé la mayoría de tales efectos. Lógicamente, no en todos los supuestos de crisis de la unión de hecho se dan todas las consecuencias legalmente previstas, lo que ya depende de las concretas circunstancias del caso.

Por otra parte, la producción de determinados efectos de la crisis no específicamente contemplados por la norma ya depende del criterio que se tenga acerca de la viabilidad de la aplicación analógica de la disciplina legal del matrimonio.

A) Medidas de protección

El mantenimiento de la unión es compatible con la producción de crisis, que no siempre han de ser definitivas y abocar a su ruptura.

En este ámbito puede tener lugar el que el artículo 129 de la Ley Procesal de Familia (LPF) denomina proceso por incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges y convivientes, en el que el juez puede ordenar medidas de protección, cuya finalidad es la salvaguarda física y síquica de los afectados por la falta de respeto.

El artículo 130 LPF configura con notable amplitud las posibles medidas protectoras, que pueden proyectarse tanto sobre la conducta

personal del obligado por ellas, como sobre los hijos ó la vivienda familiar de la que puede ser expulsado el infractor.

Concretamente, dispone el artículo 130 LPF que, entre otros aspectos, la medida de protección puede incluir los siguientes: "a) La obligación de abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia; b) El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero; c) La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo; d) La obligación alimentaria y la determinación de su cuantía; e) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenos, o sustancias que generen dependencia física o psíquica; f) La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuenten algún miembro del grupo familiar; g) La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos; h) La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ello hubiere lugar; i) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos; y, j) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos.

B) Medidas cautelares

La crisis de la unión pueda dar lugar a que se decidan por el juez medidas cautelares.

Son de algún modo similares a las de protección pues, como éstas, pretenden la evitación de determinados perjuicios. Pero se diferencian en que su finalidad esencial es garantizar el objeto del proceso, asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria y preservar en definitiva al derecho a la tutela judicial, por lo que es carácter fundamental de las mismas la instrumentalidad respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto, la accesoriedad y provisionalidad. Como consecuencia de ello, su adopción requiere, además de la dicha posibilidad de insatisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva por hechos que puedan producirse durante la pendencia del proceso (periculum in mora), la llamada apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), lo que requiere un examen indiciario de la prosperabilidad de la pretensión. Aun sin prejuzgar el fondo de un proceso aun no llevado a término, es necesaria la comprobación por el juez de que la pretensión ejercitada no carece de fundamentos sólidos. Se pretende, tal como se desprende con claridad del contenido del articulo 76 LPF, asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia, asegurar el fin del proceso.

El artículo 126 LPF prevé en su último párrafo la posibilidad de adopción de medidas cautelares en el proceso cuya finalidad es declarar la existencia de unión no matrimonial.

En cuanto a la naturaleza de tales medidas, son las mismas previstas para el divorcio y la nulidad matrimonial. Con carácter general, no exento de cierta vaguedad en su enunciado, se dice en el artículo 76 LPF que el "Juez podrá decretar las medidas cautelares establecidas en las Leyes y las que juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia o evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta". Simultáneamente, deberá indicar su alcance y, en su caso, acordar su modificación ó cesación (Art. 77 LPF).

Como las medidas que pueden tomarse son las mismas previstas para los procesos matrimoniales (Art. 126 LPF), debemos acudir al artículo 124 LPF, que indica en qué pueden consistir: "a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges y el uso provisional de la vivienda y de los bienes muebles de uso familiar; b) Disponer que uno de los cónyuges, ambos o un tercero se encarguen del cuidado de los hijos comunes, teniendo en cuenta el interés superior del menor; c) Determinar la cuantía que cada cónyuge deba aportar por concepto de alimentos, con base en la capacidad económica de los mismos, para los gastos de los hijos y el sostenimiento del hogar. Cuando fuere el caso, también se determinará el valor de la cuota alimentaria para el sostenimiento del otro cónyuge; y d) Decretar, a petición de parte, la anotación preventiva de la demanda en el registro donde se encuentren inscritos los bienes comunes o propios, anotación que surtirá efecto durante todo el tiempo que dure el proceso o hasta que se practique la liquidación correspondiente".

C) Disolución del régimen económico

Cuando el proceso judicial para la declaración formal de la existencia de la unión matrimonial, requisito para que la misma surta los efectos previstos en la ley, tiene lugar cuando deja de existir por el fallecimiento de uno de sus integrantes o por la ruptura, adquiere relevancia el régimen económico de participación en ganancias que, según el artículo 119 CF, determina el régimen jurídico que debe aplicarse a los bienes adquiridos a título oneroso y a sus frutos, como también a los frutos de los que tuviere cada conviviente al inicio de la misma.

Para la determinación precisa de los efectos económicos de la ruptura, la misma sentencia declaratoria de la existencia de la unión

deberá precisar las fechas de comienzo y fin de la unión (Art. 124.1º CF).

Con esta pauta temporal y de acuerdo con lo que dice el apartado 2º del mismo artículo 124 CF, debe acudirse a la disciplina contenida en los artículos 51 al 61 del Código de Familia para, con arreglo a ella, establecer las ganancias obtenidas por cada integrante y precisar a continuación el grado de participación. En definitiva, tal como indica el artículo 55 CF, "Las ganancias se determinarán por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge. Si el resultado fuere positivo en los dos patrimonios, el cónyuge que hubiere experimentado menor incremento en el suyo, tendrá derecho a la mitad de la diferencia entre ambos incrementos.- Cuando uno solo de los patrimonios se hubiere incrementado durante la existencia del régimen, el titular del otro tendrá derecho a la mitad de ese aumento."

D) Vivienda

a. Tal como dispone el artículo 124.5º CF, la sentencia que declara la previa existencia de la unión cuando tiene lugar su ruptura debe determinar a cuál de sus integrantes corresponderá el uso de la vivienda y menaje familiares.

Aunque no se establezcan criterios rectores de la decisión judicial, parece lógico que se otorgue preferencia para ello a quien quede encargado de la guarda de los hijos comunes, si los hubo, y en otro caso, a quien esté más necesitado de protección[8].

b. En determinados casos, en que sea necesaria la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar (LVIF), situación que también puede darse entre convivientes, pueden llegar a tomarse medidas que incidan sobre la vivienda familiar y su uso, que puede restringirse o prohibirse al agresor.

En este sentido, dispone el artículo 7 LVIF que pueden consistir tales medidas en la orden de inmediato abandono del domicilio común (apartado e), en la fijación de un domicilio diferente a la persona agredida (apartado f), orden judicial de allanamiento de morada (apartado f), o en la prohibición de acceso del agresor al domicilio (apartado j).

E) Hijos

a. Es inevitable que la ruptura se proyecte sobre los hijos comunes.

8. Este es el criterio del artículo 96 del Código Civil español al regular la ruptura matrimonial.

En primer lugar, la sentencia que declara la unión, debe determinar la filiación de los hijos procreados durante ella, que no hubiere sido previamente establecida (Art. 124.3 CF). Y, sobre todo, a quien de los padres en su caso, corresponderá "el cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental habidos dentro de ella, el régimen de visitas, comunicaciones y estadía de los mismos, para que el padre o madre que no viva con ellos, se relacione con sus hijos; y el monto de la pensión alimenticia con que el otro deberá contribuir (Art. 124.4 CF)".

Como cuando se trata de decidir sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura matrimonial, esta decisión ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para aquellos (favor filii) y, por lo tanto, prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores.

b. Cuando la naturaleza y entidad de la crisis familiar haga necesaria la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, el juez puede llegar a suspender provisionalmente a la persona agresora, el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad y su derecho de visita a éstos en caso de agresión (Art. 7.i).

F) Alimentos

a. Entre las medidas que afectan a los hijos de la unión y como una consecuencia de las mismas, se encuentra la consistente en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia con que el progenitor que no quede responsable de su guarda, por haberse dispuesto que vivan con el otro, debe contribuir al mantenimiento de aquellos, tal como se establece en el 124.4 CF

b. Si se iniciara necesaria la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, por haberse producido en el seno de la unión una situación que lo mereciere, puede también recaer una decisión judicial relativa a alimentos a favor del miembro de la pareja que haya sido víctima de la violencia. En este sentido, el artículo 7.k LVIF faculta al juez para establecer una cuota alimenticia provisional.

G) Pensión compensatoria

Aunque nada dicen al respecto los preceptos reguladores de la unión extramatrimonial, puede plantearse la cuestión de si es factible que la sentencia declaratoria de la existencia de la unión (y a la vez sancionadora de la ruptura) fije una pensión compensatoria a favor del conviviente que, como directa consecuencia de la ruptura, vea empeorada

su situación económica respecto de la existente anteriormente, de suerte que se produzca un desequilibrio notable en relación con la del otro que formó la unión no matrimonial.

En principio, es la propia regulación legal del régimen económico de la situación convivencial contemplada por el Código de Familia la que parece excluir esta posibilidad. Ello porque, con arreglo al artículo 119 CF, es el régimen de participación en las ganancias el que rige los aspectos económicos de la unión o, cuando menos, el que habrá de tenerse en cuenta cuando se constate judicialmente su ruptura y el artículo 113 CF regulador de la pensión compensatoria, la limita a los casos en que el régimen fuera el de separación de bienes o, siendo el de comunidad, arrojare saldo negativo.

En consecuencia, es clara la dificultad de aplicar a la unión de hecho el régimen legal de la pensión compensatoria. No tanto por la ausencia de vínculo matrimonial, en cuyo caso cabría la aplicación analógica (Art. 9 CF), cuanto porque el régimen económico legal de la situación convivencial no es uno de aquellos en cuyo ámbito está prevista la pensión compensatoria.

Cuestión distinta es si se trata de unión de hecho cuyo régimen es, por la voluntad de sus integrantes, diferente al regulado por los artículos 118 y siguientes del Código de Familia.

7. Régimen de la unión de hecho no regulada en el Código de Familia.

Como acaba de apuntarse, cabe el planteamiento de cuáles pueden ser las consecuencias de una unión de hecho, estable, permanente, entre hombre y mujer guiados por el recíproco afecto y el afán de establecer una unión de vida, pero cuya existencia no ha llegado a constatarse formalmente al no haberse acudido al procedimiento judicial de los artículos 123 y siguientes del Código de Familia, o bien quisieron sus integrantes que se rigiera por los pactos que a bien tuvieron establecer.

Concretamente, la pregunta básica hace referencia a si a dichas uniones distintas a la del Código de Familia, les puede ser de aplicación la disciplina legal prevista para la que aparece regulada en el mismo.

En principio, las respuestas pueden ser variadas:

a. Podría decirse que no tienen por qué pretender la aplicación de unas normas quienes voluntariamente se han mantenido al margen de las mismas. Este sería el caso de la unión cuyos integrantes, o uno

de ellos que basta para promover el proceso judicial, no buscaron el amparo de la norma legal que prevé la existencia de la situación convivencial diferente al matrimonio, pese a que pudieron hacerlo.

Con arreglo a este criterio, no hay más unión no matrimonial legalmente reconocida y con efectos jurídicos definidos que la regulada en el Código de Familia, de suerte que la que sea extraña al mismo no puede surtir como tal ningún efecto. Sin perjuicio, naturalmente, de la protección que se dispensa a los hijos, con independencia de su filiación.

Dicho de otro modo, toda unión marginal a la legalmente prevista no merece la consideración legal de familia ni, con la excepción de las normas protectoras de los hijos, merece el amparo legal que se presta a la institución familiar.

b. Desde otra perspectiva, cabe sostener que la unión convivencial no matrimonial que no se ajusta a la expresa previsión legal puede, sin embargo, ser acreedora a la aplicación del régimen legal articulado respecto a la contemplada por el Código de Familia, siquiera en la medida en que ello sea compatible con la situación realmente existente en cada caso.

La base legal para ello sería la fuerza expansiva de los principios rectores del Código de Familia a que se refiere el artículo 8 CF como inspiradores de su aplicación y, sobre todo, la analogía o, en su caso, el buen sentido y la equidad a los que expresamente se refiere el artículo 9 CF. Como es sabido, la analogía permite la aplicación de la norma a supuestos distintos a los expresamente contemplados en su texto, cuando se aprecie la existencia de identidad de razón entre el del caso y los incluidos en la ley.

Con arreglo a este criterio analógico, debería procederse al examen detenido de cada caso para a continuación decidir la conveniencia de la aplicación analógica o por razones de equidad.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA (ESPAÑOLA)

La selección de jurisprudencia que sigue a continuación es un intento de aproximación a la forma en que el Tribunal Supremo de España ha venido resolviendo en la práctica la problemática relativa a las uniones de hecho. La legislación estatal española carece de una disciplina legal unitaria y ordenada de las uniones de hecho que pueden ser consideradas análogas al matrimonio. Ante este panorama de vacío normativo, la problemática se ha venido planteando a la disolución de la unión, ya por desavenencias entre sus integrantes, ya por la muerte de uno de ellos. En ese momento, el sobreviviente ó el que tras la ruptura quedaba en situación económica desventajosa, tras haber hecho vida en común durante largos años, reclamaba la parte del patrimonio común a la que creía tener derecho.

La respuesta del Tribunal Supremo español (TSE) ha sido diferente en función de la prueba practicada y su resultado, como es lógico. Y en aquellos casos en que ha considerado probado el presupuesto de hecho sobre el que debe construirse la argumentación jurídica, ha dado lugar a la reclamación.

La fundamentación jurídica para llegar a tal conclusión ha sido variada y ha pasado, desde considerar la existencia de una comunidad de bienes, a construir una verdadera sociedad civil, cuando no a basar la estimación de la pretensión en la doctrina del enriquecimiento injusto o en la responsabilidad por culpa extracontractual, en casos en que la conducta del demandado podía ser objeto de reproche desde la perspectiva civil. Es destacable que en dicha evolución jurisprudencial se ha llegado a la aplicación analógica de alguna institución exclusivamente matrimonial, como es la pensión compensatoria. Esta conclusión ha sido directamente provocada por la existencia de legislaciones en varias de las Comunidades Autónomas integrantes del Estado Español de normativa reguladora de las uniones de hecho que contempla la posibilidad de fijar pensión compensatoria a favor de uno de los integrantes de la unión, cuando esta se rompe. Y, siendo así que dicha disciplina legal solamente es de aplicación a quienes se hayan regulado por la misma en virtud del lugar de residencia, el TSE ha concluido que no reconocer la aplicación analógica de la pensión compensatoria a las uniones de hecho análogas al matrimonio que no se hayan regido por la normativa autonómica podría conducir al establecimiento de dos clases de españolas, lo que sería atentatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley (Art. 14 Constitución española).

La utilidad práctica en el ámbito jurídico salvadoreño es obviamente limitada, teniendo en cuenta la regulación expresa en el

Código de Familia de las uniones no matrimoniales. Sin embargo, no cabe desconocer que, en un momento determinado, podría suscitarse la cuestión de si, en casos puntuales en que razones de justicia material lo indicaran, sería posible la aplicación analógica de alguna institución matrimonial a uniones de hecho que no cumplan todos los requisitos del artículo 118 CF. Pero ello siempre dependerá de los operadores jurídicos encargados de la interpretación y de la aplicación del derecho salvadoreño.

"Para efectos de una mejor lectura y comprensión de las sentencias respecto al tema de estudio por parte del lector, se resaltan unos breves comentarios por parte del autor".

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 21 de octubre de 1992.

En la Sentencia cuyos fundamentos jurídicos se transcriben a continuación, el TSE sostiene que para entender que los bienes adquiridos durante la unión no matrimonial pertenecen a quienes la integraron, debe probarse la voluntad de los mismos de hacer comunes dichas adquisiciones.

Los antecedentes de hecho cuyo conocimiento en necesario para el estudio de la sentencia se relacionan en sus fundamentos de derecho primero y segundo.

El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña María P. R. contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla el 2-4-1990, que desestimaba el recurso y la demanda interpuesta por la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la base de la «unión de hecho», de que luego se hablará, que (desde agosto de 1984) había mantenido con don Juan-Manuel R. S., habiéndose producido (el 1-10-1986) el fallecimiento de éste, doña María (conocida por Rosa) P. R. promovió contra don Jesús R. S. (en su calidad de albacea de su fallecido hermano don Juan-Manuel) y contra don Guillermo S. W. (en su condición de tutor testamentario de los dos únicos hijos -ambos menores de edad- del fallecido don Juan-Manuel R. S.) el proceso de que este recurso dimana, con la pretensión de que se dicte sentencia que: «A) Declare que doña María (conocida por Rosa) P. R. y don Juan-Manuel R. S., cuando acordaron en agosto de 1984 vivir juntos en la planta 2.ª-C de la casa núm. 4 de la calle Pintor Zuloaga de Cádiz, decidieron hacer comunes para ambos las ganancias o provechos obtenidos,

indistintamente por cualquiera de ellos, mientras durase su vida marital, atribuyéndoseles por iguales partes a la terminación del contrato, que se produjo con el fallecimiento de don Juan-Manuel en 1-10-1986. B) Declare el derecho de la actora: a) Al reintegro de la mitad del dinero que hasta el momento del fallecimiento de don Juan-Manuel, éste tuviese depositado en entidades bancarias, y de la mitad de sus remuneraciones entonces pendientes por salarios y atrasos, y a la mitad de las primas (sic) abonadas por los seguros de que don Juan-Manuel fuese titular a la fecha de su fallecimiento por cualquier concepto. Se concretarán con exactitud estas cantidades, que se estiman superiores a 400.000 pesetas, en ejecución de sentencia. b) A ser copartícipe con los herederos de don Manuel (sic), en la propiedad del piso 2.º-C de la calle Pintor Zuloaga núm. 4 de esta capital (Cádiz), y en la del garage de que era titular don Juan-Manuel en el mismo edificio, en la proporción que resulte de su mitad en los pagos efectuados constante su convivencia con el difunto señor para la amortización de tales inmuebles y levantamiento de sus cargas. Se efectuará una determinación del precio total a pagar, del que se restará la cifra abonada en la convivencia marital, y sobre la mitad de esta cifra abonada quedará fijada la cuota de mi mandante en su copropiedad con los herederos sobre referidos inmuebles. El valor de esta cuota se estima superior al millón de pesetas. c) A permanecer en el uso de los referidos inmuebles, repartiendo por mitad con los herederos la amortización (sic) del precio pendiente, que incrementarán su cuota en la propiedad, y con abono de un precio por el uso de la parte de los herederos, que se fijará en ejecución de sentencia por acuerdo entre las partes o por el Juzgado, tras estimación pericial del precio usual del alquiler en Cádiz de inmuebles de similares dimensiones y situación; conservando los bienes muebles existentes en el piso que fueren de su propiedad exclusiva, reintegrando los privativos de don Juan-Manuel y quedándose con la mitad de los adquiridos en la convivencia marital». El Juzgado de Primera Instancia, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva en el demandado don Jesús R. S. (por cuanto no tenía la condición de albacea con que había sido demandado, sino de contador-partidor de la herencia de don Juan-Manuel) y en el demandado don Guillermo S. W. (por cuanto no se había promovido la constitución de la tutela de los dos menores hijos del fallecido don Juan Manuel, ni, por tanto, se había posesionado de su cargo el tutor testamentario nombrado para ejercerlo), dictó una sentencia absolutoria en la instancia y se abstuvo de entrar a conocer del fondo. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por la demandante, recayó sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que mantuvo el pronunciamiento absolutorio en la instancia hecho por la sentencia apelada, en cuanto al demandado don Jesús R. S. (por su falta de legitimación pasiva para soportar este proceso en su mera condición de contador-partidor nombrado por don Juan-Manuel en su testamento),

pero revocando ese mismo pronunciamiento en cuanto al codemandado don Guillermo S. W. (al haberse acreditado que, después de dictada la sentencia de primera instancia, había tomado posesión de su cargo de tutor testamentario de los menores hijos del fallecido don Juan-Manuel) y entrando a conocer del fondo de la cuestión debatida, desestimó la demanda y absolvió de la misma al demandado señor S. W., en su calidad de representante legal (tutor) de los dos menores hijos y únicos herederos del fallecido don Juan-Manuel R. S. Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandante doña María (conocida por Rosa) P. R. interpone el presente recurso de casación a través de dos motivos.

SEGUNDO.- Los hechos en que, como probados unos y no probados otros, basa la sentencia recurrida su pronunciamiento desestimatorio de la demanda, son los siguientes: 1.º Don Juan Manuel R. S., médico de profesión, era de estado civil viudo de doña Juana C. B. (fallecida -a los treinta años de edad-) el día 29-5-1980), de cuyo matrimonio tuvo dos hijos llamados Manuel y Mario R. C. (nacidos en 30-3-1977 y 29-11-1978, respectivamente), los cuales estaban encomendados por su padre a la guarda de don Guillermo S. W. y su esposa. 2.º Doña María (conocida por Rosa) P. R., funcionaria de la Administración de Justicia, estaba judicialmente separada de su esposo don Fernando S. R., de cuyo matrimonio tenía dos hijos, llamados Fernando e Ignacio S. P. (nacidos en 1978 y 1980, respectivamente), los cuales estaban bajo la guarda de su padre. 3.º Don Juan-Manuel R. S. y doña María (conocida por Rosa) P. R. han vivido juntos, en el piso 2.º C de la calle Pintor Zuloaga núm. 4, de Cádiz, desde agosto 1984 hasta el día 1-10-1986 en que, a la edad de cuarenta y un años, falleció don Juan-Manuel. 4.º Durante dicho período de vida en común, los ya referidos hijos de cada uno convivían accidentalmente con ellos, durante los fines de semana. 5.º Don Juan-Manuel y doña María (conocida por Rosa), durante el expresado período convivencial, ingresaban sus respectivas remuneraciones laborales en cuentas corrientes separadas y distintas, siendo cada uno de ellos titular único y exclusivo de la suya. 6.º No aparece probada la existencia de pacto alguno de comunidad de bienes entre don Juan-Manuel y doña María (conocida por Rosa) durante el expresado período (de agosto 1984 a 1-101986) de convivencia de ambos. 7.º No se ha acreditado, dice textualmente la sentencia recurrida, «pago alguno que pudiera originar, siquiera por razones de equidad, algún derecho al reintegro de las sumas en su caso empleadas». Aunque para el estudio y resolución del presente recurso (en los términos en que lo plantean los dos motivos integradores del mismo) es suficiente el antedicho soporte fáctico del que parte la sentencia recurrida, para una mayor concreción de la cuestión litigiosa planteada (cuya escasa -aunque no concretada exactamente cuantía, por otro lado, hace dudosa su accesibilidad a la casación), esta Sala, en uso de su facultad integradora del «factum» [SS. 2-6-1981 (RJ

1981\2490), 15-7-1983 (RJ 1983\4229), 17-3-1987 (RJ 1987\1151), 8-10-1988 (RJ 1988\7395), 8-21991 (RJ 1991\1156) y 11-7-1992 (1992\6280), entre otras], estima procedente dejar consignados también, además de los ya dichos, los siguientes hechos: a) Los ingresos de don Juan-Manuel (por su sueldo como médico de la Seguridad Social y por las retribuciones de las guardias que hacía) oscilaban de doscientas veinte mil a doscientas cincuenta mil pesetas mensuales y los de doña María -conocida por Rosa- (por su sueldo como funcionaria de la Administración de Justicia) eran de setenta y siete mil doscientas cuarenta pesetas mensuales. b) La cuenta corriente núm. ... de la Agencia núm. 1 del «Banco de Santander», en Cádiz, de la que era titular único don Juan-Manuel y en la que se ingresaban sus ya dichas retribuciones mensuales, arrojaba el 30-9-1986 (día anterior al de su fallecimiento) un saldo de doscientas sesenta y nueve mil trescientas treinta y cuatro (269.334) pesetas. c) El patrimonio inmobiliario que quedó al fallecimiento de don Juan-Manuel estaba integrado únicamente por el piso 2.º C de la calle Pintor Zuloaga número cuatro, de Cádiz (en el que ambos convivieron durante el antes expresado período de agosto de 1984 al 1-10-1986) y una plaza de garaje en el mismo edificio. d) El expresado piso (con una superficie construida de sesenta y nueve metros, noventa y cinco centímetros cuadrados -69'95 metros cuadrados-, y útil de cincuenta y siete metros y treinta centímetros cuadrados -57'30 metros cuadrados-) fue adquirido por don Juan-Manuel (a la Cooperativa de Viviendas de Agentes Comerciales de Cádiz, de la que era socio cooperativista) habiendo pagado un millón de pesetas antes de agosto de 1984 (y, por tanto, con anterioridad al inicio de su convivencia con doña María -conocida por Rosa-) y quedando gravado el referido piso con una hipoteca en garantía de un préstamo de un millón ochocientas nueve mil ochocientas sesenta y una (1.809.861) pesetas, cuya amortización se venía haciendo por cuotas mensuales hasta el fallecimiento de don Juan-Manuel, en que fue totalmente cancelado a virtud del seguro que cubría dicho evento (folio 145 de los autos). e) La aludida plaza de garaje la compró don Juan-Manuel, en 1985, por el precio de quinientas mil pesetas, por medio de un préstamo que le fue hecho y cuya amortización (de principal e intereses) la hizo don Juan-Manuel mediante sucesivos pagos de cincuenta y cinco mil pesetas mensuales con cargo a su ya referida cuenta corriente núm. ... del «Banco de Santander». f) No hay constancia alguna en el proceso acerca de cuál era la entidad bancaria en que doña María (conocida por Rosa) tenía abierta la cuenta corriente en la que le eran ingresados sus haberes mensuales, ni el uso que hizo de éstos durante el período de convivencia con don Juan-Manuel, ni el movimiento contable de la aludida cuenta corriente. g) Don Juan-Manuel falleció bajo testamento abierto que, en estado de viudo, había otorgado el día 30-11-1981, ante el Notario de Cádiz don Manuel A.-O. y B. (núm. 2.584 de su protocolo) y en el que instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos Manuel y Mario R. C. y para el

supuesto de que, a su fallecimiento, continúen siendo menores sus expresados hijos, nombra tutor de los mismos a don Guillermo S. W., al mismo tiempo que nombra contador-partidor de su herencia a don Jesús R. S.

TERCERO.- Antes de proceder al examen de los dos únicos motivos integradores del recurso debe dejarse constatado que, en esencia, la «ratio decidendi» en que la sentencia recurrida basa su pronunciamiento desestimatorio de la demanda radica en que no existe prueba alguna, directa o indirecta, ni siquiera por vía de presunciones, de que don Juan-Manuel y doña María (conocida por Rosa), al iniciar su relación convivencial o durante el corto decurso de la misma, hubieran pactado el hacer comunes los bienes adquiridos, a título oneroso, por alguno de ellos durante la subsistencia de dicha unión de hecho.

CUARTO.- Por el motivo primero, con sede procesal en el ordinal cuarto del Art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [en su redacción vigente en la fecha de formalización del recurso, anterior a la reforma por la Ley 10/1992, de 30 de abril (RCL 1992\1027)], se denuncia textualmente «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». El error probatorio que dice denunciar lo hace consistir la recurrente en que la sentencia recurrida declara no probada, directa ni indirectamente, la existencia de pacto alguno de comunidad de bienes entre los convivientes y para evidenciar dicho error solamente invoca el documento aportado con la demanda bajo el número seis, dedicando el desarrollo del motivo a hacer una serie de consideraciones sobre el importe del sueldo mensual de don Juan-Manuel y de los gastos que tenía que atender con el mismo, para tratar de alcanzar la conclusión de la existencia del referido pacto. El motivo ha de fenecer, pues el documento acompañado con la demanda bajo el número seis (único que se invoca como soporte documental del mismo), que es una certificación expedida por el Secretario de la Comunidad de Propietarios que ahora se dirá, lo único que dice es lo siguiente: «Que según resulta de los libros a mi cargo de la "Comunidad de Propietarios San Servando», por la vivienda en planta segunda letra C, ocupada por don Juan-Manuel R. S. y doña María P. R. (conocida por Rosa), se han ingresado en la cuenta de esta Comunidad, las siguientes cantidades... total pesetas... 469.657. Asimismo y según los datos que también obran en archivo de esta Comunidad, la vivienda se encuentra gravada con un préstamo hipotecario concedido por la «Caja de Ahorros de Cádiz», por importe de pesetas 1.809.861 (un millón ochocientas nueve mil ochocientas sesenta y una pesetas). Dicha vivienda comenzó con la amortización individualizada del préstamo el 18-10-1985, con vencimientos mensuales». El transcrito documento, que ni siquiera expresa la persona que efectuó

el pago a que el mismo se refiere, no puede considerarse que pruebe, no ya con la literosuficiencia reiteradamente exigida por esta Sala para la prosperabilidad de este medio impugnatorio, sino ni siquiera indiciariamente, la existencia de pacto alguno entre los convivientes acerca de los efectos patrimoniales de su unión de hecho, sin que las consideraciones que luego hace la recurrente en el alegato del motivo, acerca de la insuficiencia de los ingresos mensuales de don Juan-Manuel para cubrir con ellos los gastos a que tenía que atender, pasen de ser meras deducciones, inferencias o apreciaciones subjetivas que, en cuanto extrañas a la esencia institucional del medio impugnatorio aquí utilizado, carecen de virtualidad para evidenciar la errónea conclusión a que, con criterio objetivo e imparcial y tras una valoración conjunta y minuciosa de la prueba practicada, llega la Sala «a quo», en el sentido de que no aparece probada la existencia de pacto alguno, ni expreso, ni tácito, por el que los convivientes (que ingresaban sus respectivos haberes mensuales en cuentas separadas e independientes, sin aparecer acreditado pago alguno, por parte de doña María -conocida por Rosa- que pudiera originar, siquiera por razones de equidad, algún derecho al reintegro de las sumas en su caso empleadas) convinieran en hacer comunes los bienes adquiridos durante la subsistencia de su unión convivencial, cuyo resultado probatorio, al no haber sido adecuadamente desvirtuado por este motivo, ha de ser aquí mantenido.

QUINTO.- El motivo segundo aparece textualmente formulado «Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, con base procesal en el Art. 1692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil», agregando a continuación de dicho encabezamiento lo siguiente: «En este motivo de casación se denuncia el error de derecho cometido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla al entender que, pese a la existencia de la convivencia bajo el mismo techo de mi mandante y don Juan-Manuel R. S. desde agosto de 1984 hasta el fallecimiento del mismo ocurrido en 1-10-1986, no existió entre esta pareja una comunidad de bienes, limitándose tal comunidad al aspecto personal, entendiendo pactado régimen de separación de bienes, por entenderlo, según palabras textuales como de «mayor adecuación y correspondencia entre la libertad individual y el régimen de separación de bienes». Aquí está el error de derecho, que se basa en múltiples consideraciones». En el desarrollo del motivo, a continuación del párrafo últimamente transcrito, la recurrente cita, por este orden, una Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de fecha 1-6-1987 y otra de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 21-4-1986, transcribiendo literalmente algunos fragmentos de las mismas, y citando también las opiniones doctrinales de algunos autores, de cuyos trabajos o publicaciones también hace transcripción de algunos de sus textos. Examinando dicho motivo, cual exige la normativa

casacional, dentro de los límites en que ha sido planteado, el mismo ha de ser desestimado por las razones que a continuación serán expuestas. A) Todo motivo formulado por el cauce del ordinal quinto del Art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior, coincidente con el cuarto de la hoy vigente, exige inexcusablemente la cita de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas (Art. 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), requisito que aquí no aparece cumplido, pues aparte de no invocarse precepto jurídico alguno, las dos sentencias que se citan (una de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca y otra de la Audiencia Provincial de Córdoba) no constituyen jurisprudencia al objeto casacional que aquí nos ocupa, por lo que dicha falta de cita de la norma o jurisprudencia que se consideren infringidas es causa de inadmisión del motivo (regla 2.ª del Art. 1710 de la citada Ley Procesal) que, en este trámite, se transforma en causa de desestimación. B) Asimismo, según reiterada doctrina de esta Sala [SS. 3-12-1985 (RJ 1985\6201), 29-4-1986 (RJ 1986\2040), 21-9-1987 (RJ 1987\6188), 255-1988 (RJ 1988\4332), 5-11-1990 (RJ 1990\8522) y 22-11-1991, entre otras], toda denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba (que es lo que con este motivo parece querer denunciar la recurrente, aunque hable escuetamente de «error de derecho»), cuyo cauce procesal correcto es, efectivamente, el aquí utilizado, exige ineludiblemente también la cita concreta del precepto que, conteniendo una norma valorativa de prueba, se considere ha sido infringido, cuya cita tampoco ha sido hecha, lo que impide el examen del motivo bajo dicha perspectiva impugnatoria. C) Por otro lado, y con referencia al concreto y vidrioso tema de los efectos patrimoniales, «inter partes», de la llamada unión libre «more uxorio», que es el que subyace en el fondo del motivo (aunque con el inadecuado planteamiento casacional ya dicho) han de hacerse las siguientes consideraciones en sede de doctrina general, sin perjuicio de completarlas después con otros referentes al caso concreto que nos ocupa y que es, en definitiva, el que aquí, con las específicas circunstancias que lo configuran, ha de ser resuelto. Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer [como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad»: Art. 10 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875)] y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (Art. 39 de la citada Constitución), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio [STC 184/1990, de 15 noviembre (RTC 1990\184) y Auto 156/1987 del mismo Tribunal] y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar

excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro Cuarto del Código Civil) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris») de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial («more uxorio»), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho. Por lo que respecta al caso concreto que nos ocupa, y aunque ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución, que aquí se da por reproducido, ha de reiterarse que no aparece probado que, ni por pacto expreso, ni por acuerdo tácito (que pueda inferirse de sus actos concluyentes), la voluntad de los convivientes fuera la de hacer comunes los bienes o ganancias adquiridos durante la pervivencia de su unión de hecho (que sólo duró dos años y dos meses, por fallecimiento de uno de ellos, y de la que no hubo descendencia). Por lo razonado en este Fundamento Jurídico, el motivo ha de fenecer, como ya se dijo.

SEXTO.- El decaimiento de los dos motivos aducidos, ha de llevar aparejada la desestimación del recurso con expresa imposición de las costas del mismo a la recurrente, aunque sólo para el supuesto contemplado en el Art. 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al litigar la misma con el beneficio de justicia gratuita, y sin que haya lugar a acordar la pérdida del depósito, al no haber sido constituido el mismo por la razón ya expresada.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1085/1996 (Sala de lo Civil), de 16 diciembre de 1996.

En la sentencia que sigue, el TSE excluye la aplicación analógica a la unión de hecho de los regímenes económicos matrimoniales. Sin embargo, en un caso de unión con promesa de matrimonio y posterior ruptura, admite la concesión de indemnización de los perjuicios causados al amparo de la reparación por culpa extracontractual (que el CC salvadoreño denomina cuasidelito), ciñendo la indemnización al importe de los gastos efectuados en la preparación del frustrado matrimonio, pero rechazando la reparación por daños morales.

Y en cuanto al uso de la vivienda que fue utilizada por la familia, lo atribuye temporalmente a uno de los miembros de la pareja y sus hijos, aplicando para ello por analogía la normativa reguladora de la vivienda familiar tras la ruptura del matrimonio.

María Luisa P. G. promovió juicio de menor cuantía contra don Ramón C. C. en demanda de atribución del uso y disfrute de ciertos bienes e indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial.

El Juzgado de 1ª instancia núm. 17 de Sevilla dictó el 20-4-1992 Sentencia cuya parte dispositiva decía así: «Que estimando parcialmente la demanda deducida por doña Mª Luisa P. G., debo condenar y condeno a don Ramón C. C. a abonar a la actora la cantidad de 5.000.000 de ptas., así como conceder a la actora el uso y disfrute por tiempo de un año del automóvil del demandado «Volkswagen Polo» matrícula SE-....-AU y por tiempo de dos años del piso sito en esta Capital en calle Vidrio, 29, bajo izquierda también propiedad del demandado, a contar dichos plazos desde la firmeza de la presente resolución condenando a las partes a estar y pasar por estos pronunciamientos y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en los presentes autos».

Recurrida esta sentencia en apelación, fue parcialmente revocada por la de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya parte dispositiva decía así: «Que estimando parcialmente el recurso planteado por el procurador don José Luis A. P. en nombre y representación de don Ramón C. C. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla dictada con fecha 20-4-1992 en las actuaciones de que este rollo dimana, y revocando también en parte dicha resolución, debemos condenar y condenamos a aquél a satisfacer a doña María Luisa P. G. la suma de tres millones de ptas. en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento

de promesa matrimonial, confirmando los restantes pronunciamientos de la referida sentencia apelada. Todo ello sin expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta segunda instancia». El demandado interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Establece la sentencia recurrida, como base fáctica probada, la certeza de la convivencia que la demandante mantuvo con el ahora recurrente, la cual se prolongó por espacio de unos tres años y en la que se integraron los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Dicha convivencia, en la que no se reconocen significativas interrupciones, salvo las determinadas por razón de las actividades laborales del demandado, se mantuvo en el domicilio que éste estableció en la Calle Vidrio, 29, de Sevilla, y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo que se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente. La actora, doña María Luisa P., convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración de matrimonio civil con el demandado señor C. C., y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. Todo ello resulta del reconocimiento -no exento, ciertamente, de alguna reticencia- por parte de la contraparte y de la prueba documental que obra en las actuaciones, y que el juzgador valora cumplidamente. La aceptación de esta suerte de convivencia uxoria movió a la señora P. a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando respecto de otra vivienda de la misma ciudad, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos, y en la que aceptaba un número no determinado, aunque sí reducido, de huéspedes, que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos. Tal circunstancia, también admitida por la contraparte, se valora a los efectos de fijar el «quantum» indemnizatorio que la Sala de instancia reconoce, como así también, toma en cuenta la contribución de la actora a los gastos que la frustrada convivencia generó, sin olvidar algunos gastos extraordinarios que la señora P. sin duda realizó, entre ellos, el traslado de su hijo Alejandro a la ciudad de Toledo, para seguir en ella determinados estudios, con vistas al asentamiento en Madrid del proyectado matrimonio. No poca incidencia tiene, según la sentencia recurrida en la fijación de la cuantía indemnizatoria el daño moral que a la actora le fue inferido a causa de la frustración del proyecto matrimonial, y que se tradujo en un estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones, y desde un plano

estrictamente económico, se valoran, asimismo, las dificultades que aquélla tendría que superar para restablecer su vida con «metas y horizontes totalmente distintos de los que se hubiera trazado al proyectar el frustrado matrimonio».

SEGUNDO.- Resulta improcedente el motivo primero del recurso (artículo 1692.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que plantea un anómalo e inexistente quebrantamiento de forma (infracción de los artículos 9.1, 24.1 y 53 de la Constitución Española [RCL 1978\2836y ApNDL 2875] y 120.3 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375]) con rechazable apoyo en la variación del punto de vista jurídico que realiza la sentencia de segunda instancia, según sostiene el recurrente, al socaire de los mismos antecedentes fácticos, cuando la verdad es que la sentencia de la Audiencia introduce matizaciones importantes en la declaración de hechos probados, a cuyo tenor y en atención, precisamente, a que la convivencia se gestó bajo la promesa de matrimonio, aplica a efectos indemnizatorios el artículo 43 del Código Civil. El tercero de los motivos (el segundo se examina más adelante), insiste en los mismos razonamientos que el anterior, tratando de contraponer los hechos probados de la sentencia de primera instancia con los de la segunda instancia, objeto del recurso, con ignorancia, por tanto, del carácter revisorio del recurso de apelación y de la posibilidad de establecer nuevos hechos probados que compete al Tribunal de segunda instancia. Debe, pues, remarcarse que ambos motivos decaen. Y, también, ha de aclararse que el cambio del punto de vista jurídico por regla general no comporta causa casacional ya que la elección de la norma aplicable es función propia del oficio de juzgar («iura novit curia», conforme al conocido aforismo «da mihi factum, dabo tibi ius»). Se produce anulación, cuando el cambio de normas aplicables en razón de lo pedido por las partes supone alteración de la «causa petendi» o mutación de la pretensión con reflejo consecuente en la defensión de la parte sorprendida y en la congruencia de la sentencia. No ha, por ello, de confundirse la variación de los fundamentos jurídicos, salvo en el caso señalado, con ningún quebrantamiento de forma, con independencia, desde luego, de que se aplique o interprete adecuadamente la norma a los hechos probados, cuestión que da lugar a un motivo de casación en el fondo.

TERCERO.- De nuevo la parte recurrente se empeña en desconocer que la sentencia recurrida considera de «incontrovertible constancia» que la actora convino en mantener tal convivencia con la certidumbre de que habría de alcanzar el «refrendo legal», esto es, con promesa de matrimonio. Y frente a este hecho probado no vale argüir lo contrario, aunque tal matización sobre los hechos no se recogiera en la sentencia de primera instancia que establece otros

extremos. Y, ello, porque como ya se ha dicho y reitera, la sentencia objeto de recurso es la de la Audiencia y no la del Juzgado de Primera Instancia. Por eso, perece asimismo el motivo quinto (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que abunda por estas repetidas argumentaciones en la inaplicación del artículo 43 del Código Civil. Lo mismo ha de predicarse del motivo sexto que intenta (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con apoyo en los artículos 1249 y 1253 del Código Civil, destruir una presunción a partir de la negación de un hecho base reconocido y probado: el inicio de la convivencia bajo la promesa de matrimonio. En consecuencia, sigue, por hacer supuesto de la cuestión, igual destino desestimatorio. Sin embargo, no puede desconocerse pese al incorrecto planteamiento de los motivos (porque no respetan los hechos probados devenidos firmes) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código Civil, ya que estima «gastos hechos» y «obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido», conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento.

CUARTO.- En definitiva nos hallamos en presencia de una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia. En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento jurídico unitario, aunque no faltan referencias legales, y más jurisprudenciales, que se ocupan de las cuestiones jurídicas suscitadas por las mismas. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho romano que terminó imponiéndose a las formas solemnes o como el matrimonio «a yuras» del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia, hasta la disciplina derivada del Concilio de Trento que instituyó la forma como requisito necesario para la existencia del matrimonio. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común, que resulta de la propia noción es la exclusión por regla general, de las normas

legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa como ocurre con todo fenómeno social que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja.

QUINTO.- En el caso concreto, los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura de la convivencia aunque nunca para el supuesto de la no celebración del matrimonio que constituye según el Derecho cláusula nula (artículo 42 del Código Civil). Especialmente negligente se muestra, en este caso, la conducta del hombre que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podía acarrearle a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida con el consiguiente empobrecimiento que dada su situación se produciría, si como ocurrió, aquella convivencia tuviese fin, aunque tampoco esté exento de culpa la actora que debió ponderar los efectos de sus actos si la promesa no se cumplía.

SEXTO.- El motivo cuarto (artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que se trae a examen ahora por elementales criterios de lógica, aunque vuelva a incurrir en la afirmación de hechos que contradicen los que están probados, pretende la revisión de la indemnización acordada, con pobre argumentación, pues, discute la prueba de los datos que determinan la referida indemnización, proceder a todas luces, incorrecto en términos casacionales. Sin embargo, tiene que reconocerse que el motivo habría de prosperar en cuanto al fundamento jurídico de la indemnización que, según la sentencia tiene su apoyo legal en el artículo 43 del Código Civil, cuando la verdad, desde un punto de vista jurídico es, que razonado como ya consta sobre el alcance del expresado precepto, no se pueden imputar al mismo ninguno de los conceptos relacionados en los hechos probados. Desde luego el daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones. Los demás daños son reparables, conforme al artículo 1902 del Código Civil, invocado entre los reguladores de la culpa extracontractual en los fundamentos jurídicos de la demanda, mas tomando, incluso, en consideración la concurrencia de culpas, aunque la de la mujer por lo dicho sea de menor entidad, procede que éstos se cifren, como hizo la Sala, en la cantidad estimada

de tres millones de pesetas, cantidad de la que debe responder la parte demandada, dado que aun excluyendo los daños morales, la cuantía de los materiales sería notablemente superior a la señalada por la Sala de instancia, cifra que no se puede modificar en virtud de la «reformatio in peius». Según reiterada doctrina de esta Sala el cambio de fundamentación si conduce al mismo resultado en sede casacional no motiva la anulación de la sentencia.

SEPTIMO.- Asimismo, el recurrente denuncia la infracción de la jurisprudencial relativa al enriquecimiento injusto en orden a la fundamentación jurídica de la instancia para justificar el pronunciamiento relativo al uso de la vivienda que se confiere a la actora. Empero, no es el enriquecimiento injusto el argumento que sirve de soporte al expresado pronunciamiento, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. Tampoco el enriquecimiento injusto se puede traer ahora al recurso como un «novum» en favor del recurrente no sólo por ser ello improcedente como tal cuestión a tratar en el ámbito del recurso, sino porque, en ningún caso, la conducta del demandado, causa de aquel desamparo, puede beneficiarle. No cabe, tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 del Código Civil para basar la condena al uso y disfrute durante dos años de la vivienda familiar, propiedad del recurrente, pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya «ratio» no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla, implícitamente como un hecho futuro. Pero sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la «ratio» normativa a la convivencia «more uxorio». Ya esta Sala en Sentencia de 22 julio 1993 (RJ 1993\6274), proclamaba que las llamadas «uniones de hecho» o «more uxorio» constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional (Sentencias de 21 octubre y 11 diciembre 1992 [RJ 1992\8589 y RJ 1992\9733] y18 febrero 1993 [RJ 1993\1246] respecto de esta Sala y las de 11 diciembre 1992 [RTC 1992\222] y 18 enero y 8 febrero 1993 [RTC 1993\6 y RTC 1993\47] del Tribunal Constitucional). La referida sentencia sentaba, como principios los siguientes: 1.º Que las uniones matrimoniales y las uniones «more uxorio» no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre 1992 [RJ 1992\9733]); 2.º Que como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía. El juego de la analogía, radica en la similitud («semejanza» según el

artículo 4.º del Código Civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial -o intérprete- se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o «identidad de razón» cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho (Sentencia de 12 diciembre 1980 [RJ 1980\4747]). Por supuesto que debe rechazarse, como ya hizo la sentencia, parcialmente transcrita, la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud de principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza. Mas, en el caso, la cuestión planteada tiene otro carácter y ofrece otros matices: la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso. Así el artículo 96 del Código Civil párrafo tercero, permite integrado con el artículo 4.º.1 una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia. En consecuencia, perece el motivo.

OCTAVO.- Finalmente, los motivos segundo que denuncian la incongruencia de la sentencia (artículos 1692.3.º y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y octavo (artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.1 de la Constitución Española) que acusa infracción constitucional por falta de motivación de la sentencia deben examinarse de consuno por sus concomitancias. Mal puede hablarse de incongruencia cuando si se comparan los extremos del fallo con lo pretendido se observa una concordancia plena como ocurre en el caso presente aunque no se haya concedido todo lo pedido, pues no cabe confundir el fallo con las motivaciones de la sentencia, ni especialmente, mezclar las que corresponden a la sentencia de primera instancia, con las de segunda instancia que es verdaderamente la impugnada. Tampoco es admisible que la motivación de la sentencia se confunda (ambas sentencias contienen amplias y prudentes motivaciones) con lo que el recurrente estima que debieran ser las motivaciones de la sentencia. En consecuencia ambos motivos se desestiman.

NOVENO.- La desestimación de los motivos acarrea la

declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de costas (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sentencia Tribunal Supremo núm. 790/1998 (Sala de lo Civil), de 23 julio de 1998

En la sentencia que sigue el TSE rechaza la aplicación automática del régimen económico conyugal de comunidad de bienes a las uniones de hecho, que no considera equiparables al matrimonio. Sin embargo, admite la existencia de una verdadera comunidad de bienes y un patrimonio común, a partir de la prueba de la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio común.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su primer fundamento de derecho.

El demandado interpuso recurso de casación.

El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto.

En la Villa de Madrid, a veintitrés de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Once de dicha Capital; cuyo recurso fue interpuesto por doña Teresa O. Z., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ester Rodríguez Pérez; siendo parte recurrida don Aurelio G. C., representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Olivares Suárez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de Primera Instancia Número Once de los de Zaragoza, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de don Aurelio G. C., contra doña Teresa O. Z.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que, se estime la presente demanda, declarándose: 1).- Que el piso sito en C/ Fraga núm. 2, 3.º dcha. de Zaragoza, y el local sito en C/ Lasheras, 2 de Casetas (Zaragoza), son propiedad por iguales partes y pro indiviso, por título de compra, de don Aurelio G. C. y doña Teresa O. Z. 2).- Que procede declarar la nulidad, cancelación o corrección, de los asientos registrales existentes sobre las citadas fincas, por figurar al exclusivo nombre de la demandada, declarando a su vez la procedencia de nueva inscripción a nombre de don Aurelio G. C. y doña Teresa O. Z. por mitad e iguales partes indivisas, librándose mandamiento al Registro de la Propiedad ordenando la cancelación de las inscripciones, declarándose nulas y procediendo al propio tiempo a la nueva inscripción de las participaciones indivisas pertenecientes a los citados copartícipes. 3).- Que, igualmente, la titularidad del derecho de traspaso del Bar sito en C/ Mayoral núm. 15, corresponde a los señores G. y O. por iguales partes, al igual que los bienes muebles, y enseres, adquiridos durante los años que duró la convivencia entre ambos. Y condenándose a doña Teresa O. Z. a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas del presente procedimiento.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada contestó a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia en la que se absuelva a mi poderdante de todos los pedimentos de la demanda, haciendo expresa imposición de costas al actor. Asimismo formuló reconvención, alegando lo que a su derecho convino, para terminar suplicando sentencia en la que estimando la presente demanda, declare la nulidad del documento de fecha 18 de febrero de 1988, documento 96 de la demanda, y condenando al reconvenido a las costas que se causen.

Conferido traslado a la parte actora del escrito de reconvención, contestó ésta a la mencionada reconvención alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando sentencia que desestime íntegramente la demanda reconvencional formulada en nombre de doña Teresa O. Z., declarando no haber lugar a la nulidad del documento acompañado con el núm. 96 de la demanda, y condenando a la demandada a las costas por su temeridad.

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 8 noviembre 1993, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora señora Hueto Sáenz, en nombre y representación de don Aurelio G. C., contra doña Teresa O. Z., representada por el Procurador señor Angulo Sáinz de Varanda, debo de declarar y declaro:

Primero.-Que el piso sito en la Calle Fraga núm. 2, tercero derecha de Zaragoza, y el local sito en la Calle Lasheras núm. 2 de Casetas (Zaragoza) son propiedad pro indiviso, por título de compra de don Aurelio G. C. y de doña Teresa O. Z.

Segundo.-Que procede declarar la nulidad de los asientos registrales existentes sobre las citadas fincas, por figurar al exclusivo nombre de la demandada, siendo propiedad de forma pro indiviso de los litigantes, declarando a su vez la procedencia de nueva inscripción a nombre de don Aurelio G. C. y de Doña Teresa O. Z., y una vez firme la sentencia líbrese mandamiento al Registro de la Propiedad ordenando la cancelación de las inscripciones impugnadas, para que se practique una nueva inscripción a favor de los indicados anteriormente.

Tercero.-Que igualmente la titularidad del derecho de traspaso del Bar sito en la Calle Mayoral número 15 corresponde a los litigantes, de forma pro indiviso al igual que el vehículo reseñado en las actuaciones. Condenándose a la demandada a pasar por las anteriores manifestaciones.

Y debo desestimar y desestimo la demanda reconvencional formulada por doña Teresa O. Z. con absolución del demandado. En materia de costas éstas se impondrán a cada parte las ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad, en cuanto a la demanda principal y a la señora O. Z. las devengadas por la demanda reconvencional».

SEGUNDO.-Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó Sentencia con fecha 10 mayo 1994, cuyo fallo es como sigue: «Que desestimando el recurso de apelación formulado contra la Sentencia de fecha 8 noviembre 1993, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12, en los Autos núm. 1132/92-B, debemos confirmar y confirmamos la misma con imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada.

TERCERO.-La Procuradora de los Tribunales, doña Ester Rodríguez Pérez, en nombre y representación de doña Teresa O. Z., formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos: «I.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 de la LECiv, infracción, por

incorrecta aplicación, del Art. 1261 del CC... . II.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 de la LECiv. Infracción, por inaplicación, del Art. 1282 del CC... III.-Al amparo del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv, por la indebida aplicación analógica del Art. 1355 del CC... . IV.- Subsidiariamente y para el supuesto caso de que los anteriores motivos no fueran estimados, y al amparo del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv, infracción, por inaplicación, del Art. 1346.1.º en relación con el ordinal 3.º del CC... . V.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 de la LECiv. Infracción, por inaplicación, del Art. 1354 CC... . VI.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 de la LECiv Infracción, por inaplicación, del Art. 1675.2 CC... VII.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 de la LECiv. Infracción, por inaplicación, del Art. 38 de la Ley Hipotecaria... . VIII.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv. Infracción de doctrina jurisprudencial... . IX.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv. Infracción de doctrina jurisprudencial.... . X.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv. Infracción de doctrina jurisprudencial... . XI.-Por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv. Infracción de doctrina jurisprudencial...».

CUARTO.-Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador de los Tribunales, don Luis Olivares Suárez, en nombre y representación de don Aurelio G. C., impugnó el mismo.

QUINTO.-No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de Vista Pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de julio de 1998, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, núm. 11, se dicta Sentencia en 8 noviembre 1993, en la que se resuelve la demanda interpuesta por don Aurelio G. C., contra doña Teresa O. Z., en base a que ha existido entre los mismos, una unión de hecho «more uxorio», y en consecuencia se instan las pretensiones respecto a la declaración de que el piso sito en la Calle Fraga, 2-3.º dcha. de Zaragoza, es propiedad por partes iguales entre lo litigantes, y que se declare la nulidad de los correspondientes asientos registrales, así como, la titularidad del derecho de traspaso del local que se hace constar, corresponde por iguales partes al igual que los muebles y enseres adquiridos; demanda a la que se opuso la demandada, que asimismo reconvino; se razona por el Juzgado, que en el caso que nos ocupa -F. 7.º- «...los litigantes han convivido desde el año 1977 hasta el año 1992, de forma diaria estable, practicada de forma externa y

pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, concretadas en el reconocimiento legal de su hijo al que mantuvieron y educaron; la existencia y manejo de cuentas bancarias, así como la compra de bienes productos de sus actividades negociales compartidas determina que se ha generado la existencia de un patrimonio común, el cual como consecuencia del cese de la relación de convivencia es objeto de la petición formulada en la presente demanda, y que se concreta al piso adquirido en la calle Fraga de esta ciudad en el año 1982, al local situado en Casetas (Zaragoza) en el año 1978, al derecho de traspaso del local arrendado en la calle Mayoral de esta ciudad en el año 1988, así como los bienes muebles y enseres adquiridos durante el tiempo que duró la convivencia»; en definitiva, se aduce -F. 8.º- que, existe igualmente un documento -núm. 96-, por el cual, la demandada declara, que ha convivido durante más de once años con el actor, que durante estos años de convivencia han tenido unos bienes gananciales que en la actualidad son los indicados en el Fundamento anterior, y sobre todo, en el presente caso, acerca del denunciado error en su firma, por parte de la demandada, se expresa que «...la Sra. O. prácticamente no sabe leer ni escribir, sin embargo al practicar la prueba de confesión judicial el proveyente infiere lo contrario y pudo comprobar cómo reconocía los documentos así como el contenido de los mismos, y es más, al llegar el momento de mostrar el litigioso, lo reconoció así como la firma, manifestando en cuanto al contenido, no que nunca lo había visto hasta el momento de presentar la demanda, sino que no sabe si su contenido es cierto o no; 2.- de las actuaciones se desprende que la señora O., es una mujer emprendedora, que esta acostumbrada a la celebración de numerosos contratos como todos los aportados en autos debido a su actividad negocial, así como conocedora de las consecuencias del documento suscrito por la misma; 3.- que dicho documento se firma tras numerosos años de convivencia y compraventas de bienes inmuebles realizadas por la pareja a nombre de los dos, con la firma de ambos...», lo que conlleva asimismo a la desestimación de la reconvención; en el F. 9, se razona que de las actuaciones se desprende que los bienes litigiosos referentes a la vivienda y los dos locales de negocio pertenecen pro indiviso a los dos litigantes, con independencia de que una parte del precio abonado por la adquisición del local de Casetas, se pagase con el piso propiedad de la demandada...; y en el F. 10.º se decía, «por lo que respecta a la propiedad de los bienes muebles y enseres adquiridos constante la convivencia únicamente se ha probado la existencia de un automóvil marca Peugeot, modelo 504, matrícula S-...-N, número de bastidor A201700674, no habiéndose acreditado la existencia de cualquier otro bien»; Sentencia que fue confirmada por la de la Audiencia Provincial -Sección 5.ª- de Zaragoza, en 10 mayo 1994, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada, lo cual, tras resumir la doctrina imperante sobre la llamada uniones de hecho, «more uxorio», analiza la eventual llamada aplicación analógica de la normativa reguladora

de la Sociedad de Gananciales, y que en el caso concreto de autos, hay que tener en cuenta los hechos de partida como auténticos «facta», que se especifican en el F. 3.º, esto es, «En el litigio ha quedado acreditado de la documental aportada consistente en hasta 7 cartillas bancarias que figuraron a nombre de ambos litigantes, varios contratos privados, entre los que se encuentra la compra del piso de la Calle Fraga cuya propiedad común se solicita, en la que actuaban conjuntamente y con el mismo interés, y, en la confesión judicial practicada en la persona de la demandada, ésta reconoció que desde el año 1978 conviven juntos y que desde entonces abren las cartillas bancarias a nombre de los dos (posición 5.ª), que en dichas cartillas era ingresada la pensión que disfrutaba el actor (posición 6.ª), que el piso de la Calle Fraga, cuyo carácter común se reclama, fue comprado durante la convivencia (posición 7.ª), que se pagó con dinero sacado de las cartillas (posición 8.ª), que el local de la C/ Mayoral cuya participación en el derecho de traspaso se reclama, fue montado por el actor y después traspasado a la hija de la demandada (posición 17.ª), y, especialmente que, como puede desprenderse de la posición 14.ª, los litigantes se dedicaban a abrir bares para traspasarlos cuando éstos comenzaban a funcionar, empresa que realizaban conjuntamente, como se desprende de la testifical prestada por la parte actora...»; por lo tanto, sobresaliendo de lo anterior, «la existencia de una actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos, que ponían en común los rendimientos obtenidos por propia decisión de donde ha de inferirse la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal; por lo que se refiere a la desestimación de la demanda reconvencional, -F. 4.º- poco puede añadirse al F. 8.º, de la resolución recurrida, en cuanto a la firma del documento que se aporta con el núm. 96, en la demanda, decisión que es objeto del presente recurso de casación, interpuesto por la parte demandada.

SEGUNDO.- En el primer motivo, se denuncia por la vía del ordinal 4.º del Art. 1692 LECiv, la incorrecta aplicación del Art. 1261 CC, en relación con el contenido del documento 96 de la demanda, impugnado por esta parte en ambas instancias, que es el fundamento de la desestimación de la reconvención, tratando de demostrar que falta el consentimiento y, por tanto, se ha vulnerado lo dispuesto en citado Art. 1261, ya que es evidente, pues, que por la persona demandada se ignoraba lo que se escribió porque no sabe leer, aduciéndose una serie de circunstancias para demostrar que efectivamente, hubo manifiesta ausencia de su consentimiento, en la suscripción de dicho documento, y que, por tanto, en caso alguno, puede tenerse como vinculante para ambas partes; el Motivo decae, pues, para ello, no sólo debe reproducirse cuanto la Sala sentenciadora considera procedente para ratificar el recto razonamiento que hace el Juzgado de Primera Instancia en su F. 8.º, sino que, como es sabido, en torno a los vicios

del consentimiento, en principio, debe prevalecer la recta convicción de la Sala sentenciadora, en los términos, entre otros, reproducidos en Sentencia de 18 julio 1996 (RJ 1996\5892): «La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento -Art. 1265-, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida...»; en los demás Motivos del recurso, se denuncia: en el segundo, la infracción por inaplicación del Art. 1282 CC, respecto a las normas de interpretación en los contratos, en el sentido de que para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores, y al respecto se aduce básicamente que la convivencia de las partes se ha tenido en cuenta para determinar la decisión de la Sala, siendo simplemente un hecho, no una prueba acerca de la intención que éstos tuvieran en cuanto a los bienes, y por lo que se refiere a la posesión conjunta de cartillas y la explotación de establecimientos hosteleros, son consecuencia lógica de esa convivencia; en el motivo tercero, se denuncia la indebida aplicación analógica del Art. 1355 del CC, pues, el caso que nos ocupa se trata de una relación «more uxorio», que no puede ser considerada legalmente como matrimonio, y por tanto no es procedente aplicar la disposición analógica del Art. 1355 CC; el motivo cuarto, denuncia la inaplicación del Art. 1346.1.º, en relación con el ordinal 3.º del CC, y sigue insistiendo sobre la inaplicación de lo dispuesto en este artículo, que es un artículo de sede ganancial; el motivo quinto, denuncia la inaplicación del Art. 1354 CC, por iguales consideraciones; el sexto, el 1675.2 CC, que reenvía al Motivo Primero sobre el controvertido documento, y por lo tanto, igualmente ha de rechazarse; el motivo séptimo, denuncia la inaplicación del Art. 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), en cuanto a la petición de nulidad de los correspondientes asientos registrales; el octavo, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial que refrenda la tesis de esta parte según la cual el reconocimiento de la firma en un documento y el reconocimiento de su contenido no implica la admisión de la veracidad intrínseca del mismo, y en relación también con el documento a que se contrae el Motivo Primero, que deberá rechazarse por las mismas argumentaciones; el motivo noveno, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial, y se cita la Sentencia de 23 febrero 1993 (RJ 1993\1221), referida a la sociedad de gananciales; el motivo décimo, igualmente censura la Sentencia, puesto que, se mantiene el criterio contrario a la aplicación del régimen de gananciales a la convivencia mantenida por mi mandante con el actor, que la sociedad de gananciales no se debe de aplicar puesto que se trata de un régimen económico exclusivo del

matrimonio; el motivo undécimo, denuncia de nuevo la aplicación del Art. 38 de la Ley Hipotecaria; todos y cada uno de los Motivos que se indican han de rechazarse, siguiendo en particular la tesis imperante y reiterada en esta Sala, fundamentalmente, siguiendo la Sentencia de 21 octubre 1992 (RJ 1992\8589): «...Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al "libre desarrollo de la personalidad": Art. 10 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (Art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/1990, de 19 noviembre [RTC 1990\19] y Auto 156/1987 [RTC 1987\156 AUTO] del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron , precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del CC) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por "analogía legis", que aquí no se da, sino por "analogía iuris", de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial ("more uxorio"), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus "facta concludentia" (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho...»; en definitiva, y sin perjuicio de entender que la unión de hecho «more uxorio», en caso alguno, puede equipararse a un consorcio matrimonial y que, por tanto, no debe aplicarse en literalidad la normativa respecto a los regímenes económicos matrimoniales y fundamentalmente el de la sociedad de gananciales, es claro, que cuando -como en autos- exista tal unión de hecho, la comunidad derivada solo surgirá si quienes decidan unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes,

tal y como efectivamente, ha quedado acreditado por la recta convicción de la Sala sentenciadora, que, en detalle pormenorizado, recogido en el F. 3.º, no duda en considerar que la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos, deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos...; se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar, que en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de la existencia de esa comunidad, y con la clara intención o designio de que, ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados y, con independencia, de que se apliquen en lo concerniente, normas que pudieran ser de una proyección analógica a cualquier régimen económico atinente; criterio el así decantado ya jurisprudencialmente, que no implica, se repite, que estas parejas se acojan literal y a seguido el correspondiente régimen económico matrimonial, sino que por tratarse de esa unión de hecho o «uniones civiles» (hoy aún en fase prelegislativa de acogida ex Proposición de Ley 122/000098 del PP IN. BOCG 7 octubre 1997), vivificadas o integradas por el recto designio de esas participación común, acervo común y designio común, debe atribuirse por igual a cada uno en conjunto de las resultas económicas de esa convivencia mantenida durante tiempo y tiempo e integrada a través de un pacto expreso o por esos «facta concludentia»; todo ello, pues, determina el rechazo de todos y cada uno de los Motivos que se indican anteriormente, y, por lo tanto, la confirmación de la Sentencia dictada, con imposición de costas y pérdida del depósito.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación legal de doña Teresa O. Z., contra la Sentencia pronunciada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en 10 mayo 1994; condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos,

mandamos y firmamos.-Jesús Marina Martínez-Pardo.-Román García Varela.-Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.-Rubricado.

PUBLICACION.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 700/2001 (Sala de lo Civil), de 5 julio de 2001

La siguiente STSE reconoce que las uniones de hecho constituyen una realidad social que no puede negarse y admite la aplicación por analogía del precepto que, en la disciplina del matrimonio, regula la pensión compensatoria.

Doña Mercedes H. R. formuló demanda, en juicio de menor cuantía sobre indemnización por daños derivados de ruptura de relación derivada de unión de hecho, contra don Frans C. K.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera dictó Sentencia de fecha 29-05-1995, estimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó Sentencia el 12-03-1996, revocando parcialmente la del Juzgado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

En la Villa de Madrid, a cinco de julio de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 12 de marzo de 1996, como consecuencia del juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Jerez de la Frontera sobre reclamación de pensión por desequilibrio económico, interpuesto por don Christian W. V. K., representado por el Procurador, don Francisco F. R., siendo parte recurrida doña Mercedes H.-R. P.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera, doña Mercedes H.-R. P. promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Frans Christian V. K. sobre reclamación de pensión por desequilibrio económico, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Se condene al demandado al pago de la cantidad de cien mil pesetas mensuales, siendo esta cantidad revisable anualmente según las oscilaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u órgano que lo sustituya; de no apreciarse el anterior pedimento y de forma subsidiaria, se admita la acción de enriquecimiento injusto por la que se deberá condenar al demandado a entregar a mi mandante una cantidad que a juicio de SSª, compense satisfactoriamente a la misma de los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramatrimonial; de no aceptarse las dos anteriores y en último caso, se condene al demandado, a virtud del artículo 1902 por causar daños derivados de relaciones extracontractuales al abono de una pensión de rehabilitación de cien mil pesetas mensuales, cantidad que deberá ser revisada anualmente conforme a las oscilaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique anualmente el Instituto Nacional de Estadística u órgano que lo sustituya; así mismo se condene a don Christian V. K. al pago de las costas si se opusiere a los pedimentos de esta demanda».

Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se declare no haber lugar a la demanda interpuesta por doña Mercedes H.-R. P., absolviendo a mi poderdador don Christian V. K. de los pedimentos ínsitos en la misma, imponiendo a la actora las costas del juicio».

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 29 de mayo de 1995 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimando la demanda formulada por el Procurador don Fernando C. M., en nombre y representación de doña Mercedes H.-R. P., contra don Frans Christian V. K., debo condenar y condeno a éste a que mensualmente, dentro de los cinco primeros días de cada mes, abone a dicha parte actora la cantidad de cien mil (100.000) pesetas, suma que será revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo, y que podrá ser modificada cuando se alteren de manera importante las situaciones económicas de alguna de las partes. Y en lo que respecta a las costas, el demandado hará frente a las causadas en esta instancia».

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 1996, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación mantenido en esta instancia por la Procuradora señora R. S. en nombre y representación de Frans Christian V. K., contra la sentencia dictada en el juicio al que el referenciado rollo de Sala se contrae, revocando también en parte dicha sentencia recurrida y estimando la acción de enriquecimiento injusto ejercitada por la parte actora –representación procesal de doña Mercedes H.-R. P–, debemos condenar y condenamos al ya mencionado recurrente, don Frans Christian V. K., a que abone a la actora la suma de dos millones novecientas setenta y cinco mil (2.975.000) pesetas, sin especial pronunciamiento en las costas de ninguna de las dos instancias».

TERCERO.- Por el Procurador, don Francisco F. R., en nombre y representación de don Christian W. V. K., se formalizó recurso de casación que fundó en el siguiente motivo:

«Único.–Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto, del Art. 1964 del CC y de la jurisprudencia; por infracción de la doctrina jurisprudencial que desarrolla la tesis del enriquecimiento injusto y por infracción del principio general del derecho que prohíbe ir contra los actos propios».

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuados los traslados conferidos, y no habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de junio y hora de las 10.30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Mercedes H.-R. P. formuló demanda contra don Frans Christian V. K. con el suplico de que se le condenase al pago de la suma de cien mil pesetas mensuales o, subsidiariamente, se le compensara el enriquecimiento injusto, o se condenara al demandado por los daños causados, siendo acogida dicha petición en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera, que condenó al señor V. K. al pago de la citada cantidad dentro de los cinco días de cada mes y revisable según las variaciones experimentadas por el Índice de Precios al Consumo y cuya cantidad podría ser modificada cuando se alterara de manera importante la

situación económica de alguna de las partes. Dicho fallo fue recurrido en apelación por el demandado y la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz lo revocó en parte, al condenar al recurrente don Frans Christian V. K. a abonar a doña Mercedes H.-R. P. la suma de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas, sin especial pronunciamiento en costas.

Este fallo de alzada ha sido impugnado a través de un recurso de casación interpuesto por la defensa y representación del señor V. K. con una desordenada y equívoca formulación, en cuanto en el escrito de formalización del recurso y bajo el epígrafe o rúbrica de «Motivos de casación» señala como Primero (sic) «Consideración General, o antecedentes de hecho, acerca de la cuestión que es objeto de la casación que se interpone», siendo así que los motivos que continúan en los sucesivos ordinales, segundo y tercero del referido epígrafe hacen referencia a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico sobre el enriquecimiento injusto y sobre el principio general del Derecho que prohíbe ir contra los propios actos y asimismo a la infracción del Art. 1964 del Código Civil.

SEGUNDO.- La cuestión traída ahora a la censura casacional deriva de una relación extramatrimonial entre las partes litigantes, luego rota por voluntad unilateral, y esta Sala tiene ya proclamado en su sentencia de 22 de julio de 1993 (RJ 1993\6274) y repetido en la de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), que las llamadas «uniones de hecho» o «more uxorio» constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por esta Sala Primera del Tribunal Supremo –«ad exemplum» en sus sentencias de 21 de octubre (RJ 1992\8589) y 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9733), 18 de febrero de 1993 (RJ 1993\1246) y un largo etcétera– sino por el propio Tribunal Constitucional –sentencias de 18 de enero (RTC 1993\6) y 8 de febrero de 1993 (RTC 1993\47), entre otras–.

Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del «concubinatus», o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la «affectio maritalis», si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a tocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría. El sistema de nuestra codificación civil, al igual que el de otros países latinos que siguieron el modelo francés, en que el Código de Napoleón se desentendió de los concubinos porque éstos se habían desentendido de la Ley, fue el de no ocuparse de estas uniones familiares de hecho, que si bien no previstas por el legislador, no se encontraban tampoco prohibidas y que resultaban por ello ajurídicas, pero no antijurídicas. Carentes de una normativa al respecto, producían una serie de efectos, tanto personales como

patrimoniales con trascendencia jurídica en las parejas no casadas, cuyo presupuesto básico lo constituye la vida paraconyugal de la pareja heterosexual por tiempo indefinido y cuya relación de afectos, relaciones e intereses puede romperse por la voluntad unilateral de una parte. La terminología de la doctrina civilista ha sido variada: «parejas no casadas», «uniones extramatrimoniales», «uniones de hecho» o «more uxorio», etc. encontrando su reconocimiento, no como matrimonio, sino como familia. Nuestro texto constitucional (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) proclama en su Art. 39,1 que los poderes públicos aseguran «la protección social, económica y jurídica de la familia», distinguiendo así la familia y el matrimonio.

Por ello, la ya citada sentencia de 21 de octubre de 1992 parte del reconocimiento de la plena legalidad de toda estable unión de hecho, entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» (Art. 10 de la Constitución) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (Art. 39 de la Constitución). Pues bien, la ya mencionada sentencia de 22 de julio de 1993, proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9733) que tales uniones matrimoniales y las «more uxorio» no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial –sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994 (RJ 1994\3753), 23 de julio de 1998 (RJ 1998\6131) y 22 de enero de 2001 (RJ 2001\1678)–.

Más recientemente, por derivación de los principios constitucionales de nuestro Texto Fundamental, se han pronunciado diversas leyes de determinadas Comunidades Autónomas, como la Ley 10/1998, de 15 de julio (RCL 1998\2136 y LCAT 1998\423), de uniones estables, de Cataluña, la Ley 6/1999, de 26 de marzo (RCL 1999\996 y LARG 1999\79), sobre parejas estables no casadas, de Aragón, la Ley Foral de 3 de julio de 2000 (RCL 2000\2057 y LNA 2000\191), de Navarra reguladora de parejas estables y la Ley 1/2001, de 6 de abril (RCL 2001\1147 y LCV 2001\137), por la que aplican a estas uniones «more uxorio» una específica normativa derivada de la matrimonial para impedir que una de las partes de la relación padezca perjuicios injustos.

Como ha puesto de relieve la reciente e importante sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomia es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida

unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

Pues bien, en el caso traído ahora a la censura casacional aparecen con toda claridad unos hechos probados en la instancia, debiendo reputarse por tales, habida cuenta de la aceptación por la sentencia «a quo» de los fundamentos de Derecho de la resolución de primer grado excepto el IV y los dos últimos párrafos del III, los siguientes: a) Entre las partes ha existido una convivencia plena, de hecho, pero con apariencia de matrimonio, consentida y querida por ambos, presentando el demandado, hoy recurrente, a la actora, como «mi esposa Mercedes» y en una serie de cartas del señor V. K. a la demandante, manifiesta su deseo de vivir juntos y se pronuncia sobre su relación como si de un matrimonio se tratase y donde le expresa su amor y el deseo de casarse con ella. b) En el año de 1974 inician ambos litigantes un idilio que se fue profundizando y que dio lugar en 1976 a una convivencia entre ellos, fuerte y sólida, no sólo con la apariencia de matrimonio, sino que éste era el fin perseguido por ambos, pese a que hasta 1985 no hubiera sido posible la realización de tales nupcias. c) Ello continuó así hasta el 20 de noviembre de 1991 en que se rompe la convivencia de quince años, sin que conste otro motivo de tal ruptura que el desamor o falta de interés mutuo. d) Desde noviembre de 1991 a 1993, abonó el recurrente a la actora la suma mensual de setenta y cinco mil, y en los meses de julio y agosto siguientes le abonó la suma, también mensual, de cincuenta mil pesetas, o sea que la suma total abonada alcanzaría la cantidad de un millón quinientas veinticinco mil pesetas.

TERCERO.- En el escrito inicial y alegatorio de demanda se hacían por la mujer tres peticiones en orden de subsidiariedad entre ellas, para el supuesto de no estimarse la precedente. En primer lugar, una pensión por desequilibrio económico que condenara al demandado al pago de la cantidad de cien mil pesetas mensuales, anualmente revisables por las oscilaciones que sufre el Índice de Precios al Consumo. Tal petición no fue acogida por la resolución de primer grado en la instancia y recurrido tal fallo tan sólo por el demandado, devino firme tal rechazo, como consentido por las partes. La Sala «a quo» en su sentencia en grado de apelación acogió, la segunda petición, subsidiaria de la precedente, la acción de enriquecimiento injusto, postulando la entrega a la actora de una cantidad que le compense satisfactoriamente de los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramatrimonial, siendo acogida tal petición en la sentencia recurrida que le otorgó la suma de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas.

El recurso de casación, como ha quedado consignado se conforma en dos motivos. Por razones de lógica, debe alterarse el orden de su formulación y comenzar el examen por el segundo, nominado como tercero en el escrito de formalización del recurso, que estima la infracción del Art. 1964 del Código Civil por parte de la sentencia impugnada. Parte el motivo de que la sentencia de la Audiencia empieza a contar la cuota mensual desde hace más de quince años antes del ejercicio de la acción y estima prescritas todas las cuotas mensuales anteriores a febrero de 1979, fecha a que se retrotraen los quince años.

El motivo perece, porque se trata de una cuestión nueva, no planteada en la instancia y proscrita en casación, porque genera indefensión y vulnera frontalmente el principio de preclusión procesal –sentencias de 23 de mayo (RJ 1990\3835), 18 (RJ 1990\4855) y 25 de junio (RJ 1990\4894) y 20 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8986), 24 de enero (RJ 1992\205), 3 de abril (RJ 1992\2934), 7 (RJ 1992\7534) y 28 de octubre (RJ 1992\8587) y 13 de diciembre de 1992, 8 de marzo (RJ 1993\2014), 3 de abril (RJ 1993\2786) y 26 de julio de 1993 (RJ 1993\6317), 2 de diciembre de 1994 (RJ 1994\9393), 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8359), 7 de junio de 1996 (RJ 1996\4825), 1 (RJ 1999\8529) y 31 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9756), 23 de mayo (RJ 2000\3917) y 17 de julio de 2000, entre otras muchas.

CUARTO.- El postpuesto motivo precedente señala que no concurren en el caso de autos dos de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento sin causa, ya que el presunto enriquecimiento del demandado no carece de «toda razón jurídica» y porque no ha quedado acreditado que haya producido empobrecimiento a la actora. Se añade que si durante quince años existió realmente un enriquecimiento del demandado y un empobrecimiento de la actora, fue consentido por ésta. Finalmente, se alude a la doctrina de los actos propios. El motivo no puede ser acogido.

Si bien es cierto que algunas resoluciones de esta Sala –«ad exemplum» de 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 20 de octubre de 1994 (RJ 1994\7492)–. Aceptaron como fundamentador de la procedencia de una indemnización en los casos de ruptura de uniones de hecho la doctrina del enriquecimiento injusto, tomando en cuenta el aumento patrimonial para una parte frente a la otra con correlativo empobrecimiento, lo que en este caso ahora examinado encontraría incluso un expreso reconocimiento por el propio recurrente, como se recoge en el apartado d) del fundamento jurídico segundo de esta resolución «in fine», con relación a los hechos declarados probados en la instancia. Mas, en todo caso, no se incurre en incongruencia porque la petición del suplico haga referencia al enriquecimiento sin

causa y se atienda por esta Sala de casación a otra diferente argumentación jurídica. Como tiene señalado la importante sentencia de este Tribunal de 27 de marzo de 2001, en el ámbito de la aplicación del derecho al punto controvertido admite una gran elasticidad sin incurrir por ello en el cambio de pretensión, conforme a los principios de «iure novit curia» y «da mihi factum, dabo tibi ius». Específicamente, la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1996, dictada precisamente con referencia al tema de las «uniones de hecho», ha recogido que el cambio de punto de vista jurídico no comporta, por regla general, vicio casacional, al no cambiar la «causa petendi».

Ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy hábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anomia, ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho «more uxorio» encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su Art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (Art. 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del Art. 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1996 y la tantas veces citada de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el Art. 97 del Código Civil, a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de «more uxorio» de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es

de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso.

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el Art. 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre (RTC 1991\216).

El motivo perece por ello.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Francisco F. R., en nombre y representación legal de don Christian W. V. K., frente a la sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de marzo de 1996, en autos de juicio declarativo de menor cuantía tramitados en el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Jerez de la Frontera 104/1994, condenando al recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso. Y en su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–José Almagro Nosete.–Antonio Gullon Ballesteros.–José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.–Firmado y Rubricado.

PUBLICACION.–Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 5/2003 (Sala de lo Civil), de 17 enero de 2003

El TSE sostiene que la unión de hecho es una realidad no asimilable al matrimonio. Sin embargo, admite la existencia de varios cauces para proteger al perjudicado por la ruptura, como pueden ser las reglas de la responsabilidad extracontractual (por cuasidelito en el CC Salvadoreño), del enriquecimiento injusto y de la comunidad de bienes, o a la pensión compensatoria.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se desprenden de sus mismos fundamentos de derecho.

El TS declara haber lugar al recurso interpuesto, casa y anula la Sentencia dictada el 27-01-1998, por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid y, en su lugar, estima parcialmente la demanda y condena al demandado a que le abone el tercio del valor de los bienes relacionados en el último fundamento de esta Sentencia, computados al tiempo en que se ejecute efectivamente.

En la Villa de Madrid, a diecisiete de enero de dos mil tres. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora doña Gema L. S., en nombre y representación de doña Angela M. D.; siendo parte recurrida la Procuradora doña Rosario S. R., en nombre y representación de don José María J. J.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1. El Procurador don Miguel Angel H. S., en nombre y representación de doña Angela M. D., interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don José María J. J. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: 1º.–Se declare que entre las partes en litigio existió una convivencia paramatrimonial que generó la creación de una comunidad de bienes de la dispuesta en los artículos 392 y siguientes del Código Civil (LEG 1889\27), abarcando dicha comunidad a los bienes que se describen en el apartado noveno de la exposición de hechos. Y declarada la existencia de dicha comunidad de bienes, habiendo cesado en la convivencia que la originó, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes

reseñados, liquidación que puede llevarse a cabo en ejecución de sentencia. 2º.–Subsidiariamente a lo anterior, que por el Juzgado se declare entre las partes se creó un régimen de participación, regulado en los artículos 1411 a 1434 del Código Civil, por el que ambas partes tienen el derecho recíproco de participar en las ganancias obtenidas por el otro compañero durante el tiempo en que estuvo vigente la convivencia, y por lo tanto que los bienes reseñados en el apartado noveno de la exposición de hechos es el fruto de las mencionadas ganancias recíprocas. 3º.–Subsidiariamente con las dos declaraciones anteriores, se declare que entre las partes existió una sociedad civil universal de ganancias, al amparo de los artículos 1666 y siguientes del Código Civil, en especial el artículo 1675, siendo los bienes existentes en el momento de la ruptura de la unión los que se recogen en el ya mencionado apartado noveno de los hechos. 4º.–Por último, y también subsidiariamente con lo anteriormente expuesto, se declare la existencia de una sociedad de gananciales, regulado en los artículos 1344 y siguientes del Código Civil, integrando dichos gananciales los bienes referenciados. 5º.–Y en todo caso, declarada la existencia, de manera alternativa, de una comunidad de bienes, de participación, sociedad civil universal de ganancias o de gananciales, habiendo cesado en la convivencia que la originó, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes reseñados, liquidación que puede llevarse a cabo en ejecución de sentencia. 6º.–También se solicita se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda.

2. La Procuradora doña Rosario S. R., en nombre y representación de don José María J. J., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda en todos sus extremos, por falta de base fáctica y jurídica, con expresa condena en costas por su clara y manifiesta temeridad y mala fe.

3. Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 50 de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: fallo: «Que desestimando en su totalidad la demanda formulada por doña Angela M. D. contra don José Mª J. J., debo absolver y absuelvo al demandado don José Mª J. J. de los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte actora por imperativo legal».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la

anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de enero de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: fallamos: «Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por doña Angela M. D. contra la sentencia que con fecha tres de julio de mil novecientos noventa y seis pronunció la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. Cincuenta de Madrid debemos confirmar y confirmamos en su integridad dicha resolución con expresa imposición de las costas del recurso a dicha apelante».

TERCERO.- 1. La Procuradora doña Gema L. S., en nombre y representación de doña Angela M. D., interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos del recurso:

«I.–Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\1) por infringir los artículos 32.1º y 39.1º de la Constitución Española (RCL 1978\2836), así como jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II.–Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infringir los artículos 3.1º y 4.1º del Código Civil (LEG 1889\27), en relación con los artículos 392, 393 ss. y concordantes del mismo texto legal, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

III.–Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infringir los artículos 3.1º y 4.1º del Código Civil, en relación con los artículos 1254, 1255, 1257, 1282 y concordantes del Código Civil».

2. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora doña Rosario S. R., en nombre y representación de don José María J. J., presentó escrito de impugnación al mismo.

3. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de enero del 2003, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Fue ejercitada, en el presente caso, una acción que tenía por base fáctica la convivencia «more uxorio» o unión (o matrimonio) de hecho y por base jurídica la disolución por voluntad unilateral de uno –el varón– de los dos convivientes, reclamando la perjudicada –la mujer– la mitad del valor de los bienes adquiridos que se relacionan en la demanda y se enumeran en la sentencia de instancia, por razón de que la convivencia generó la creación de una comunidad de bienes, cuya disolución y liquidación se interesa, o bien, subsidiariamente, un régimen de participación en las ganancias, o una sociedad universal de ganancias, o una sociedad de gananciales. Los hechos, tal como se exponen en la sentencia de instancia, son los siguientes: aproximadamente, entre los años 1973 y 1992 aunque con diversas interrupciones e intermitencias no perfectamente constatadas en atención a la peculiaridad de la relación personal de que se trata, los litigantes convivieron «more uxorio» o a la manera matrimonial, habiendo tenido dos hijos reconocidos fruto de dicha relación extramatrimonial, constando que en el referido año 1992 suscribieron los litigantes un acuerdo en el que, además de poner fin a la referida convivencia de hecho, se fijó, a cargo del apelado el pago de una pensión mensual de 40.000 ptas. para el sostenimiento y atenciones del hijo común menor de edad así como que el referido recurrido se obligaba a facilitar a la apelante vivienda donde fijar ésta su domicilio durante el término de 8 años, suponiendo ello que la misma residirá en su actual domicilio propiedad del recurrido o en cualquier otro que éste le facilite, siendo de cuenta de ella los gastos de los servicios de la vivienda facilitada.

Dicha sentencia, dictada por la Audiencia Provincial, Sección 11ª, de Madrid, de 27 de enero de 1998 desestima la demanda, confirmando la que había dictado el Juzgado de 1ª Instancia núm. 50 de la misma ciudad. Esencialmente, la desestimación de la demanda se fundamenta en que la demandante «no acreditó... haber participado con dinero o aportación económica propia en la adquisición del referido patrimonio que figura, todo él, a nombre y adquirido por apelado (el varón; parte recurrida, ahora, en casación) no constando tampoco que haya trabajado por su cuenta...» (la mujer, demandante y recurrente en casación). Aunque, a la vista de este texto literal de la sentencia objeto de la presente casación, es de destacar que precisamente por ello, por carecer de aportación económica y no trabajar, ha interpuesto la demanda rectora del proceso.

El recurso de casación interpuesto por la misma, se funda en el núm. 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\1) y contiene tres motivos. El primero alega la infracción de

normas del Código Civil (LEG 1889\27), artículo 3.1 sobre interpretación de las leyes conforme a la realidad social y artículo 4.1 sobre analogía; de la Constitución Española (RCL 1978\2836), artículos 32.1 sobre el «ius connubi» y 39.1 sobre protección de la familia; y de la jurisprudencia, según una serie de sentencias que cita. El segundo de los motivos reitera los argumentos vertidos en el anterior y hace una incorrecta, por mal alegada y mal planteada, denuncia de incongruencia. El tercero, que alega infracción de los artículos 1254 y siguientes del Código Civil se refiere a la existencia de un contrato entre las partes, lo que no tiene sentido, ya que no hubo ni se adujo siquiera en la demanda, relación contractual alguna.

Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación.

SEGUNDO.- Sobre la convivencia «more uxorio», la doctrina ha elaborado numerosos estudios en la época actual, por la realidad social de su proliferación y por la consideración que jurídicamente merecen, lejos de una abstención típica de tiempos pasados y que tuvo reflejo en los Códigos civiles de los anteriores siglos, incluyendo el español.

La legislación ha permanecido ajena a este tema, por lo menos explícitamente y hasta muy poco, aunque es bien cierto que anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero juzgo, Fueros municipales y Las Partidas. Pero si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la Ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, «inter partes» en la convivencia y por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el Juez en particular. La Constitución española (RCL 1978\2836) no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el artículo 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad, el artículo 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el artículo 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el artículo 39.1 proclama la protección de la familia y ésta no sólo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia «more uxorio».

En el ámbito legislativo, sí han sido reguladas las uniones de hecho en una serie de leyes de aplicación territorial a ciertas Comunidades Autónomas y temporal a partir de su entrada en vigor, por lo que no es aplicable al presente caso la dictada en la Comunidad de Madrid, Ley 11/2001, de 19 de diciembre (RCL 2002\663 y LCM 2002\2).

Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la Jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997 [1997\7341]), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272]), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001 [RJ 2001\4770]), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001 [RJ 2001\4993]). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992\4907] y 29 de octubre de 1997 [1997\7341]) lo que se resume así: La convivencia «more uxorio», entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992 [RJ 1992\8589], 27 de mayo de 1994 [RJ 1994\3753], 20 de octubre de 1994 [RJ 1994\7492], 24 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8946], 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994\10391], 4 de marzo de 1997 [RJ 1997\1640]). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272]) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (LEG 1889\27) (sentencias de 5 de julio de 2001 [RJ 2001\4993] y 16 de julio de 2002 [2002\6246]). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata

de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998\1272], cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001[RJ 2001\4770]).

TERCERO.- La cuestión que con más frecuencia se ha planteado a esta Sala, es decir, el supuesto más conflictivo, es la disolución o ruptura de la convivencia y la reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en que queda. Este es el caso presente: está acreditada la convivencia «more uxorio», es hecho admitido la ruptura por voluntad unilateral del varón (demandado y parte recurrida en casación), hay constancia de un acuerdo relativo a los alimentos al hijo menor de edad y al uso temporal de una vivienda y, finalmente, se ha pactado el patrimonio (que ni siquiera es un gran patrimonio) adquirido constante la convivencia, que aparece como de titularidad exclusiva del varón y la carencia de bienes de la mujer (demandante en la instancia y recurrente en casación) que incluso ha obtenido el beneficio de justicia gratuita para el presente litigio.

Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994 [RJ 1994\8946]) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001 [RJ 2001\1678]), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9020]), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992\9733] y 27 de marzo de 2001 [RJ 2001\4770]), o concediendo una pensión compensatoria (sentencias de 5 de julio de 2001[RJ 2001\4993] y 16 de julio de 2002 [RJ 2002\6246]) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (sentencias de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992\4907] y 29 de octubre de 1997 [RJ 1997\7341]).

En el caso presente, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código Civil [LEG 1889\27]), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia «more uxorio» la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no

incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa –siempre en relación con el caso presente– llegar al absurdo de entender que una de las partes –la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala– deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.

CUARTO.- Tras lo expuesto hasta ahora, es clara la estimación del recurso de casación, pues no puede admitirse la posición de la sentencia de instancia que le niega todo derecho («atribución patrimonial común» dice como conclusión) a la mujer, cuya ruptura de convivencia le ha sido impuesta. Dentro del recurso, se acoge el motivo primero y se entiende que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil (LEG 1889\27) al no interpretar la normativa jurídica conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía, en este caso analogía «iuris» que da lugar a la aplicación de los principios generales del Derecho; se ha infringido el artículo 39.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836) al negarse protección a la familia, en este caso fundada en una unión de hecho y, en definitiva, se ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, que, como se ha dicho y repetido, evita el perjuicio injusto que sufre una parte como consecuencia de una unión de hecho en la que se ha producido una ruptura.

Por lo cual, esta Sala asume la instancia (artículo 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEG 1881\1]) y debe resolver conforme a lo expuesto y de acuerdo con la «actio pretendi»: la demanda ha expuesto unos hechos que en lo esencial han sido admitidos y en lo fundamental han sido recogidos como probados en la sentencia de instancia; en los fundamentos de derecho se alega, una y otra vez, la existencia y la normativa de varias de las instituciones jurídicas de comunidad aunque también se hace una referencia al enriquecimiento injusto (en estos términos: «pues bien, cualquiera que sea la postura doctrinal que se admita, lo cierto es que es innegable que ha existido una puesta en común de esfuerzo económico y de ganancias, y que no puede pretenderse que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de uno solo de los miembros de la unión paramatrimonial, con aprovechamiento del trabajo y los esfuerzos del otro») y en el suplico se reclama la mitad del valor del patrimonio adquirido, constante la convivencia (que se relaciona, como hecho probado, en la sentencia de instancia).

Conviene recordar la línea jurisprudencial que recoge la sentencia de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998\1272) al decir: «Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por Ley. Ni, desde

luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia "more uxorio"; así, la de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994\7492) dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1994\3272 y RCL 1995, 1141), de Arrendamientos Urbanos [cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado».

No se aprecia, como se ha dicho, la existencia de una comunidad, sino que se otorga a la demandante –la mujer, perjudicada– la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto –sin causa– que ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. Esta Sala ha entendido (en sentencias de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9020] y 27 de marzo de 2001[RJ 2001\4770]) que no es cambio de «causa petendi» que daría lugar a incongruencia, la variación del punto de vista jurídico cuando se parte de los mismos hechos y se respeta el suplico, aunque se acuda a la institución del enriquecimiento injusto. En este caso, procede otorgar como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido vigente la convivencia: no es la mitad puesto que no se ha aceptado la existencia de una comunidad; los bienes los ha acreditado la sentencia de instancia, en estos términos: «figuran a nombre del demandado en virtud de escritura pública del 26-7-1981 el piso de la c/ Camarena núm. ..., de esta capital, finca hipotecaria núm. ... del Registro de la Propiedad núm. 9 de esta capital, así como una plaza de garaje adquirida por otra escritura del 26-9-1985, siendo la finca hipotecaria núm. ... de dicho Registro de la Propiedad. También figuran a nombre del mismo dos automóviles

marca Opel Omega y Seat 1430, así como un bungalow sito en la localidad de Guardamar del Segura, finca hipotecaria... del Registro de la Propiedad núm. 2 de Torrevieja comprada en escritura pública del 29-5-1989». Cuyo valor será el del momento en que se proceda a la definitiva liquidación y adjudicación a la demandante, recurrente en casación.

En cuanto a las costas, no procede condena en costas en primera instancia al estimarse parcialmente la demanda, conforme al artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco respecto al recurso de apelación. En este recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 1715.2 de la misma Ley, cada parte satisfará las suyas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora doña Gema L. S., en nombre y representación de doña Angela M. D., frente a la sentencia dictada por la Sección undécima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 27 de enero de 1998, que casamos y anulamos y, en su lugar, estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Angela M. D. y condenamos al demandado don José María J. J. a que le abone el tercio del valor de los bienes relacionados en el último fundamento de esta sentencia, computados al tiempo en que se ejecute efectivamente, lo que se hará en el trámite de ejecución de la misma.

No se hace condena en costas en ninguna de las instancias ni en este recurso, en que cada parte satisfará las suyas. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–José Almagro Nosete.–Xavier O.Callaghan Muñoz.–Francisco Marín Castán.–Rubricados.

PUBLICACION.–Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

II. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

José Manuel Marco Cos.
Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón (España)

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Concepto de vivienda familiar: a) doctrinal, b) derecho positivo. 3. Familia en armonía. 4. Familia en crisis: a) derecho positivo, b) criterios, c)naturaleza jurídica de la adjudicación, d) duración, e) modificación.

1. Introducción.

El ordenamiento jurídico dispensa una amplia protección a la vivienda familiar, en consonancia con la importancia que la norma fundamental concede a la protección y bienestar de la familia, con independencia de que su base sea el matrimonio o una unión no matrimonial, como con claridad se desprende del artículo 32 de la Constitución ("La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico (...) El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia").

Dicha protección, acorde con la importancia que se otorga a la vivienda en el artículo 119 de la Constitución, se activa tanto en situaciones de normalidad, armonía y concordia de la familia, como cuando entra en crisis y se ve abocada a la ruptura.

En el primer caso, se establecen por el legislador garantías que, por un lado, tienden a que no se frustre la utilidad de la vivienda como albergue familiar por la acción perjudicial y carente del obligado consenso de uno de los cónyuges y, por otro, a evitar que en un momento determinado se vea dificultado el uso como tal de la vivienda familiar por el ejercicio por terceros de derechos que puedan afectar a dicha utilización.

En el segundo, producida la ruptura de los progenitores que

son el eje y núcleo familiar o, en caso de matrimonio o unión sin hijos, de quienes constituyen la familia como tal, se prevé el uso de la vivienda que fue familiar por uno de aquellos, ante la imposibilidad por la falta de armonía, de que continúe el uso conjunto.

A ambos mecanismos de protección se hace referencia a continuación.

2. Concepto de vivienda familiar.

A) Doctrinal

La norma positiva no ofrece un concepto claro y unívoco de vivienda familiar. No puede decirse que ayude a la elaboración de dicho concepto la variedad de denominaciones empleadas por el legislador para referirse a una misma y única realidad. Ciñéndonos a la legislación civil salvadoreña, se utilizan términos tan variados como "residencia común", "hogar", "inmueble que sirve de habitación a la familia", "vivienda familiar", "hogar conyugal", etc.[1]. El examen de tal variedad de vocablos en el contexto legislativo en que son empleados por el ordenamiento jurídico permite esbozar tal concepto, por vía inductiva.

Entre los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por definir la vivienda familiar, merece la pena citar su consideración como asentamiento o ubicación del ente pluripersonal que constituye la familia, al servicio de ésta e independiente del origen o titularidad del inmueble sustrato de la vivienda[2]. La sentencia del Tribunal Supremo de España (STSE) de 31 de diciembre de 1994 se refiere a ella como "bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario". Y la STSE de 16 de diciembre de 1996 dice que la "vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos".

Este punto de partida permite llegar a una concepción de la vivienda familiar como patrimonio al servicio de la familia como colectividad, así como que se deroguen las normas generales en materia de propiedad (por ejemplo, en el condicionamiento que afecta al titular a la hora de disponer libremente de la vivienda que sea de su propiedad).

---

1. CAMPOS PEREZ, Jaime Mauricio, en su trabajo "La función pública del Notariado y la protección de la vivienda familiar", se refiere a esta variedad de apelativos. En referencia al Derecho español, SERRANO GÓMEZ, E., recoge algunas de tan varias denominaciones, tales como "vivienda familiar", "vivienda habitual", "vivienda donde se tiene la residencia habitual", "hogar familiar", etc. ("La vivienda familiar en las crisis matrimoniales").

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (España) de 15 de septiembre de 1989.

Precisamente es la consideración de un interés colectivo que trasciende de las propias personas que constituyen la familia lo que justifica una modificación del derecho de propiedad en lo relativo a la disponibilidad de la vivienda[3].

Se ha dicho también que por vivienda familiar se entiende aquel edificio o construcción destinado a ser habitado por un conjunto de personas que forman una familia. O aquella superficie terrestre que reuniendo los requisitos esenciales de habitabilidad y poseída en virtud de algún título jurídico, sirve para dar cumplimiento a los fines individuales y familiares[4].

Algún autor[5] opina que es preciso que, para que merezca la consideración legal de vivienda familiar, debe reunir un mínimo de habitabilidad y dignidad, por lo que no deben considerarse incluidos dentro de la noción de vivienda familiar las chabolas, chozas, edificios en ruinas, etc. Sin embargo, este criterio, al igual que el que restringe el concepto a "superficie terrestre", puede pecar en ocasiones de alejado de la realidad o, más concretamente, de algunas realidades hoy existentes, lo que se compadece mal con la llamada interpretación sociológica del Derecho, que aboga por la interpretación y la aplicación de las leyes de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas[6].

Puede suceder que en determinados lugares el lugar en el que la familia se desenvuelve y en el que transcurre su vida cotidiana como tal familia, el que sirve de habitación a sus miembros, no sea una superficie terrestre, sino una embarcación que, precisamente por su funcionalidad actual como vivienda familiar, habrá de ser objeto de la atención legal y judicial (piénsese en un caso de divorcio, en que el juez deberá decidir qué cónyuge puede permanecer en la embarcación que ha venido siendo el albergue de la familia). En estos casos, en que tendrían cabida los mecanismos de protección que se activan en los casos de ruptura, no sería posible la prevista para los supuestos de normalidad, concretada en el artículo 46 CF, que se refiere de forma muy precisa al "inmueble que sirve de habitación a la familia".

En cuanto a la exigencia de habitabilidad y condiciones dignas

3. JUANES PECES, A. en "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial", ponencia presentada en el Seminario de formación de jueces y magistrados sobre Vivienda. Plan Estatal 1992 del Consejo General del Poder Judicial. España.

4. SERRANO GÓMEZ, E. Obra citada "La vivienda familiar en las crisis matrimoniales". Ed. Tecnos. Madrid 1999.

5. SERRANO GÓMEZ, E., obra citada.

6. Exponente legal de dicho criterio es el artículo 3.1 del Código Civil español: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas"

para que el lugar pueda ser conceptuado como vivienda familiar, con los efectos legales que conlleva, considero que conduce a confundir lo deseable con la realidad existente en algunos casos. Además de que la expresión "condiciones dignas" es en cierto modo un concepto jurídico indeterminado que habrá en cada caso de ser puesto en relación con el contexto social, no debe olvidarse que el que la vivienda de la familia sea más o menos precaria, o adolezca de pocas o muchas carencias no puede ser motivo para negarle dicha consideración y privar a los miembros más desfavorecidos de la familia de la protección legalmente prevista y precisamente en un medio social de escasos recursos económicos en que mayores sean los riesgos.

A fin de no restringir en exceso el concepto y con ello el ámbito de tutela legal, como también para procurar que no se proyecte la misma sobre lo que no ha de ser su objeto, podemos definir la vivienda familiar, de forma breve y sintética, como el lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad[7]. O, con mayor simplicidad, como el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar[8].

B) Derecho positivo

El breve y sencillo concepto que acaba de darse de vivienda familiar es perfectamente predicable del Derecho positivo Salvadoreño. Por una parte, es compatible con la variedad de expresiones que el legislador utiliza para referirse a una misma realidad, como antes hemos visto ("residencia común", "hogar", etc.). De otro lado, es lo suficientemente amplio para abarcar las muy diversas realidades que pueden darse en la sociedad, en función de su grado de desarrollo o nivel de vida.

Vivienda familiar es tanto la que es habitada por un matrimonio, como la que ocupa una unión no matrimonial o de hecho, con o sin hijos, pues basta para la existencia de familia el matrimonio o la unión no matrimonial, sin que se exija la existencia de hijos (Art. 2 CF). El apoyo legal de esta protección independiente de la existencia o no de matrimonio se encuentra en el ya citado artículo 32 de la Constitución Salvadoreña, que asegura que la falta de matrimonio "no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia", así como en los artículos 2 y 3 del Código de Familia, que incluyen en el concepto de familia la unión no matrimonial (Art. 2) que, por lo tanto,

7. BAENA RUIZ, E.: "La vivienda familiar". Ponencia en el Seminario sobre Vivienda. Plan Estatal de Formación de jueces y magistrados. Madrid 1992.

8. HERRERO GARCÍA, M. J., al comentar el Art. 1320 del C Civil español, en "Comentarios al Código Civil". Varios autores. Ministerio de Justicia. Madrid 1993.

es beneficiaria de la acción protectora del Estado (Art. 3).

A ambas formas de familia se presta la protección:

a. Cuando no se ha producido la ruptura, en virtud de lo que dispone el Art. 46 CF respecto del matrimonio y el Art. 120 CF al hacer esta protección extensiva a la unión de hecho no matrimonial.

b. En situaciones de crisis, el ordenamiento jurídico articula mecanismos legales, tanto si se trata de matrimonio (Arts. 108 y 111 CF), como de unión no matrimonial (Art. 124 CF).

3. Familia en armonía.

El precepto fundamental que procura la protección de la vivienda familiar, cuando la familia no ha sufrido una crisis que conduce inevitablemente a su ruptura (aunque puedan existir desacuerdos entre los cónyuges o convivientes respecto a la enajenación o gravamen de la vivienda), es el artículo 46 del Código de Familia[9].

Dispone dicho Art. 46 CF:

"Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad raíz e Hipoteca correspondiente.

No se podrá destinar más de un inmueble a dicha habitación; este no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.

Cuando no pudiere obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el juez, a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la

9. Aunque no puede negarse que tiende también a la protección de la vivienda familiar, en cuanto procura la subsistencia del arrendamiento en beneficio de los miembros de la unidad familiar, pese a la muerte del titular del contrato, no nos ocupamos aquí del contenido del artículo 27 de la Ley de Inquilinato: "No se extinguirá el contrato de arrendamiento por la muerte del arrendatario. Se entenderá, en tal caso, que el contrato continúa con sus herederos, y si no hubiere herederos declarados, con su cónyuge, compañero de vida, ascendientes o descendientes que con aquél hayan habitado el inmueble. El arrendamiento continuará en las mismas condiciones vigentes a la fecha del fallecimiento".

sustitución, según el caso, atendiendo al interés de la familia."[10].

Se pretende armonizar la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a los miembros de la unidad familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre el inmueble.

La exigencia clara del consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y la constitución de derechos sobre la vivienda familiar es expresión del principio de igualdad, con independencia de que se trate de hombre o mujer, proclamado en el artículo 3 de la Constitución y en los artículos 4 y 36 CF. Es también una norma inspirada en el deber de colaboración que tienen entre sí los cónyuges, plasmado en el citado artículo 36 CF.

La ley procura evitar abusos de uno de los cónyuges que puedan perjudicar al otro y, muy especialmente, a la familia considerada como tal. Podría pensarse que se trata de una restricción del derecho de propiedad, en cuanto exige el consentimiento de ambos cónyuges, con independencia de que pueda la titularidad dominical corresponder a uno solo de ellos. Lo que sucede, en realidad, es que el legislador ha considerado que es valor prioritario la protección del interés familiar, que predomina sobre el privativo o particular de un cónyuge[11].

El doble consentimiento se requiere cualquiera que sea el régimen económico matrimonial y quienquiera que sea el titular del inmueble y el derecho en cuya virtud se tenga el inmueble que constituye la vivienda familiar.

Se trata de una norma imperativa, cuyo incumplimiento se sanciona con la anulación del negocio de enajenación o gravamen llevado a cabo por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

En todo caso, se procura evitar que se produzca una situación en que la falta de acuerdo de uno de los cónyuges impida un negocio que puede ser beneficioso para la familia. Para ello, prevé el último párrafo del artículo 46 CF que en tales casos y a petición del cónyuge que pretenda llevar a cabo el acto de transmisión o gravamen, decida el juez, atendiendo siempre al interés superior de la familia.

Puede resultar polémica la interpretación del segundo párrafo del artículo 46 CF, que se refiere a la que llama "constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar", el cúal dice que deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante

10. El artículo 46 CF equivale, en su aspecto fundamental de exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos dispositivos o de gravamen sobre la vivienda familiar, al artículo 1320 del Código Civil español.

11. SERRANO GÓMEZ, E. Obra citada.

el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, debiendo dichos instrumentos inscribirse en el Registro de la Propiedad raíz e Hipoteca correspondiente.

El texto legal puede dar lugar al equívoco de entender que la consideración como vivienda familiar del inmueble ocupado por la familia requiere necesariamente su constitución formal como tal, mediante el otorgamiento de escritura pública o acta y su posterior inscripción, de suerte que en otro caso no puede dispensarse la protección legal a que nos venimos refiriendo.

No creo que esta interpretación restrictiva sea la correcta. Ciertamente, puede venir propiciada por una redacción legal no muy afortunada. Pero limitar la aplicación de los instrumentos legales articulados para la protección de la vivienda familiar a los casos en que se haya procedido previamente a su formal constitución como tal no se ajusta y es poco acorde con la finalidad protectora de la legislación y contradice las proclamas contenidas en la Constitución acerca de la protección de la familia, para cuya realización es fundamental que pueda disponer de una vivienda digna y de los recursos legales adecuados para su tutela. Si, como dice el artículo 8 CF, la interpretación y la aplicación de sus preceptos debe hacerse en armonía con sus principios rectores, no debe supeditarse la efectividad de los mecanismos legales protectores de la vivienda familiar a la especial constitución de un derecho de habitación sobre el inmueble para destinarlo a dicho fin, sino que debe ser suficiente la real utilización de la vivienda con dicha función de cobijo de la familia.

En este sentido, es acertada la tesis de quien sostiene –al parecer, contra la opinión dominante en El Salvador- que la vivienda familiar se constituye como tal "por la sola convivencia del grupo familiar en ella, sin necesidad de ninguna formalidad especial"[12]. Entenderlo de otro modo y exigir que con carácter previo a la dispensa de la protección de los párrafos primero y último del artículo 46 CF se lleve a cabo la constitución expresa del derecho de habitación para destinarlo a vivienda familiar, de suerte que en otro caso no se dispense la protección, puede suponer una sacralización indebida de dicho párrafo segundo y dar lugar a que el instrumento jurídico pensado para garantizar la protección se convierta en obstáculo para la real efectividad de la misma. Una cosa es que, mientras no se modifique el artículo 46 CF, la formal constitución puede reforzar la protección y otra muy distinta, que debe rechazarse, que su ausencia prive de la protección que la ley garantiza.

Por lo tanto, la protección prevista en el ordenamiento jurídico solamente debería quedar supeditada a la acreditación, en cada caso

12. CAMPOS PEREZ, J.M., "La función pública del notariado y la protección de la vivienda familiar".

que se someta al conocimiento de los tribunales, de que la vivienda a la que se refiera el proceso o respecto de la que se ejercite alguna pretensión inherente a la protección legalmente prevista tiene efectivamente la condición de familiar, porque es realmente utilizada como tal.

4. Familia en crisis.

La familia, entendida por tal tanto la que tiene su base en el vínculo no matrimonial, como aquella cuyo sustrato es una unión no matrimonial o, como también se le denomina, paramatrimonial, no se concibe como un ente inmutable, esto es, que no pueda estar sujeto a crisis que produzcan la disgregación de su núcleo, constituido por la pareja en torno a la cual se fue conformando, y hagan inevitable una nueva configuración de su entorno vital o, por lo menos, algunas importantes modificaciones en dicho entorno.

En este contexto de crisis y de búsqueda de un nuevo ámbito en el que pueda desenvolverse la familia, tal como queda tras aquella, un aspecto fundamental viene constituido por la búsqueda del acierto en la decisión que se tome en relación con la vivienda que, mientras aquella permaneció cohesionada, le sirvió de abrigo y desarrollo. La crisis aboca a la separación física de la pareja que constituye la familia y, cuando hay hijos, ha dado lugar a su desarrollo y, con ello, debe buscarse cuál ha de ser la utilidad de la vivienda familiar, que ya no podrá servir de albergue a todos los miembros de la familia y que forzosamente deberá adjudicarse a alguno de ellos, lo que conllevará la marcha del otro en discordia.

El ordenamiento jurídico no sólo arbitra mecanismos de protección de la vivienda familiar en situaciones de normalidad, sino también cuando se produce la crisis que da lugar a su fractura. En estas circunstancias, la protección ha de entenderse como la búsqueda de la utilidad y el destino que más provechosos han de ser para el desarrollo de la familia y, muy especialmente, para el de sus miembros más necesitados de tutela y cuidado.

A) Derecho positivo

Varios son los preceptos que, en el derecho positivo salvadoreño, se ocupan de la protección de la vivienda familiar en los casos de crisis:

a. En los casos de divorcio de mutuo acuerdo, el artículo 108.4 del Código de Familia prevé que los cónyuges convengan a quien de ellos corresponderá el uso de la vivienda.

b. Cuando se trata de divorcio contencioso es el juez, según

el tercer párrafo del artículo 111 CF, quien toma la decisión acerca de la adjudicación de la vivienda familiar, aunque creo que no se debe excluir la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo a este respecto.

c. Aunque no lo diga expresamente el texto legal, hemos de entender que en los casos de sentencia de nulidad es el juez quien debe pronunciarse sobre el uso de la que fue vivienda familiar. Se deduce del contenido de artículo 100 CF, que dispone que en el proceso sobre nulidad matrimonial se aplicarán las reglas en el CF para los casos de divorcio en lo concerniente a los alimentos de los hijos "y demás efectos", entre los que se comprende la decisión sobre el uso de la vivienda.

d. El artículo 124.5 CF, al regular el proceso de declaración de la unión no matrimonial se refiere, entre los extremos sobre los que debe pronunciarse la sentencia, a la decisión sobre a quién corresponderá el uso de la "vivienda y menaje familiares".

e. Las medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso matrimonial pueden también referirse a la vivienda y así se constata en el artículo 124.a) de la Ley Procesal de Familia.

f. También en sede procesal, aunque en un procedimiento de carácter especial, como es el provocado por el incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges o convivientes, puede decidirse sobre el uso de la vivienda familiar, en el caso de que se acuerde como medida de protección "La exclusión del hogar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo (Art. 130.c LPF).

g. Tiene igualmente carácter excepcional, por la naturaleza de las circunstancias en que se adopta, la decisión judicial que, en virtud de la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar las diferentes formas de violencia intrafamiliar, ordene salir del domicilio común al agresor (7.e LVIF).

No nos referiremos a continuación a las decisiones sobre la vivienda familiar que tienen un carácter excepcional (medidas de protección), o meramente provisional y accesorio (medidas cautelares), sino a las que se adoptan en el seno de un procedimiento matrimonial al regular una crisis familiar, como decisión de carácter principal y con cierta vocación de pervivencia en el tiempo, con independencia de que a la postre y por diversas circunstancias sea mayor o menor su duración.

Puede afirmarse que en la disciplina legal relativa a la adjudicación de la vivienda familiar en los casos de crisis destaca, sin merma de su

importancia, que la decisión del juez se toma en defecto de convenio entre las partes, de suerte que solamente cuando no llegan a un acuerdo al respecto debe resolver la discrepancia el tribunal. No sin motivo se ha puesto de relieve el carácter de subsidiariedad de las resoluciones judiciales, por cuanto el juez solamente resuelve en defecto de acuerdo entre los cónyuges[13].

Esta preferencia que se otorga al pacto de las partes es evidente en los casos de divorcio por mutuo acuerdo (Art. 108.4 CF), lo que es inevitable, pues en otro caso se tornaría contencioso. Pero también puede predicarse del divorcio contencioso: la referencia en el tercer párrafo del artículo 111 CF a la decisión judicial sobre la vivienda no puede abstraerse de la que en el primero se hace a los acuerdos sobre guarda, alimentos y visitas de los hijos, ya que si se admite el convenio sobre aspectos tan capitales no hay motivo para excluir de dicha posibilidad otro que no es de mayor importancia. Tampoco hay razón para descartar la posibilidad de que se llegue a un acuerdo en los procesos sobre declaración de unión no matrimonial, aunque nada diga al respecto el artículo 124 CF. El acuerdo puede incluso alcanzarse durante el proceso, en la llamada fase conciliatoria (Art. 103 LPF).

B) Criterios

La legislación positiva salvadoreña no establece de forma determinante, al disciplinar uno de los aspectos más conflictivos del Derecho de Familia, cuáles han de ser los criterios que deben servir de pauta al juez para adoptar la decisión sobre la adjudicación de la vivienda familiar, cuando no lleguen a un acuerdo los cónyuges[14].

Sin embargo, no es difícil llegar a la conclusión, pese a esta carencia, de que en ésta, como en todas las decisiones que afecten a la familia con hijos, el criterio rector ha de ser el interés de los mismos, muy especialmente si son menores. Se revela como finalidad esencial el mantenimiento de las mismas condiciones existentes antes de la ruptura, pretendiendo conseguir que, en la medida de lo que las circunstancias permitan, la quiebra afecte lo menos posible a los hijos de la pareja en crisis.

La decisión del juez al respecto ha de tomarse, por encima de otro interés, en beneficio de los hijos. En otras palabras, aunque el uso de la vivienda se otorgue a uno de los cónyuges o miembros

13. SANTOS BRIZ, J.: "Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares". III Simposium de Derecho Matrimonial y de Familia. Universidad de Navarra (España), 1984.

14. El articulo 96 del Código Civil español fija como criterios rectores de la decisión el bien de los hijos o, en defecto de ellos, el interés más necesitado de protección.

de la pareja, lo determinante es el bienestar de los hijos, lo que nos conduce a que la atribución se hace, no tanto en beneficio de uno de los cónyuges, sino en el de los hijos, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le haya confiado la guarda y custodia de los mismos, porque se habrá de adjudicar el uso al cónyuge o integrante de la pareja rota a cuya guarda y cuidado queden los hijos comunes, pues son los intereses de éstos los más necesitados de protección.

Se trata de tener en cuenta que en toda medida que afecte a los hijos rige el principio del "favor filii" o "favor minoris". Así se evidencia en que en el divorcio de mutuo acuerdo, el convenio de los cónyuges se somete a la calificación del juez, que lo aprueba "si los acuerdos adoptados no vulneran los derechos de los hijos", y en que el segundo párrafo del artículo 111 CF permite al juez tomar respecto de los hijos la decisión que estime adecuada, pese a existir acuerdo entre los cónyuges, si éste es "atentatorio al interés de los hijos". Este criterio favorable a los intereses del menor ha venido a ser sancionado por Declaraciones y Convenios Internacionales, como la Declaración de los derechos del niño en virtud del Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, hecho también en Nueva York en la fecha indicada, y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 20 de noviembre de 1989, en las que el interés del menor es una constante, afirmándose en el Convenio de la O.N.U., que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

Cabe plantearse a continuación si el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar será de aplicación si existen hijos, pero éstos son mayores de edad, aunque todavía necesitados de asistencia familiar. Aunque con menor rigor, puede hacerse extensible aquella norma rectora a estos casos, pues es bien sabido que la mayoría de edad no determina la independencia o la autonomía económica de los hijos, en período de formación o de búsqueda de empleo y todavía necesitados del apoyo de sus padres.

Cuando el matrimonio o la pareja no matrimonial no tienen hijos a su cargo, la pauta rectora ha de ser el interés más necesitado de protección, lo que hace directamente referencia a la mayor o menor capacidad de cada uno de los miembros de la pareja que se rompe para hacer frente a la necesidad de buscar una vivienda nueva. En definitiva, no habiendo hijos, el uso de la vivienda deberá atribuirse al más desvalido, que por ello será titular del interés más necesitado de protección.

C) Naturaleza jurídica de la adjudicación

Se discutió en sede doctrinal acerca de la naturaleza del derecho al uso de la vivienda familiar, cuestionándose si se trata de un derecho real o personal. Como no puede ser menos, los problemas se plantean cuando la vivienda cuyo uso se atribuye a uno de los integrantes de la pareja rota pertenece a ambos y, sobre todo, cuando es de titularidad exclusiva de uno de ellos y el uso se ha atribuido al otro.

La tesis de que se trata de un derecho real se apoya en que atribuye un poder directo e inmediato sobre la cosa y en que se trata de un derecho ejercitable frente a terceros. Aunque en el seno de esta línea son diferentes las posturas, desde quienes lo configuran como un derecho de ocupación o de uso, o de habitación, a quienes piensan que se trata de una situación especial, "sui generis".

Otra corriente considera este derecho de goce como un derecho meramente personal, que no trasciende más allá de los procesos de familia y que, por consiguiente, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, no constituye más que una simple facultad cuyos efectos se reducen al propio proceso matrimonial.

Las consecuencias de configurar a este derecho como personal o real son diametralmente distintas, básicamente porque éste se puede oponer a terceros y el personal no. Puede afirmarse el dominio de los sectores doctrinales que consideran este derecho como un derecho real, pero como un derecho real "sui generis" cuyo contenido será el que venga fijado en la Sentencia. Debe por ello recalcarse la importancia de la Sentencia en cuanto a la delimitación del contenido y duración del derecho, pues los términos de la decisión judicial determinarán el contenido en cada caso del derecho al uso de la vivienda familiar.

Ha de tenerse en cuenta que el derecho a la vivienda del cónyuge no titular, deriva de la consideración de la relación familiar anterior, de la convivencia del grupo familiar en esa misma vivienda de la que el otro cónyuge era titular, por lo que el derecho a la vivienda que conserva el cónyuge no titular prevalece en relación al derecho sobre la vivienda que corresponde al cónyuge titular[15].

Por lo menos, puede hablarse de un derecho real limitado o peculiar, teniendo en cuenta que dicha configuración solamente es posible cuando tenga naturaleza real el título en virtud del cual la familia en armonía venía ocupando la vivienda, pues no sería admisible que

15. HERRERO GARCIA, Mª José: Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil Estudio de Derecho Civil en Libro homenaje a José Beltrán de Heredia y Castaño. 1984.

en virtud de la decisión judicial de atribución naciera un derecho real sobre la vivienda que la familia venía ocupando en virtud de un contrato de arrendamiento, que es derecho personal. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 31 de diciembre de 1994, la protección de la vivienda familiar se produce a través del derecho que la familia tiene al uso y la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y si sólo proteger el que la familia ya tenía.

Puede hablarse, en definitiva, de un derecho real peculiar, sobre cosa ajena, sin que terceras personas, ni siquiera el titular de la vivienda, puedan menoscabar ese goce[16]. El titular del derecho de uso, cónyuge o miembro de la pareja no titular de la vivienda, es un poseedor legítimo, por lo que puede hacer valer tal condición.

La jurisprudencia española ha zanjado la cuestión, desde una perspectiva y con una finalidad esencialmente práctica, que es la que deben procurar los pronunciamientos judiciales, sin merma del necesario rigor jurídico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de España de 11 de diciembre de 1992 afirma que se trata de un derecho oponible a terceros.

La STS español de 31 de diciembre de 1994 sostiene que la protección que se otorga a la vivienda familiar mediante la adjudicación del uso a uno de los cónyuges pese a ser el bien propiedad de otro, es de carácter absoluto y ejercitable frente a todos, aunque limitada a que subsista la ocupación durante el tiempo que judicialmente se fije, si bien precisa que ello no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Por ejemplo, quienes ocupan la vivienda en precario, o en arrendamiento, no pueden obtener una protección jurídica superior, pues si así fuera se estarían satisfaciendo necesidades familiares muy dignas de protección a cargo de extraños a la familia.

Una excelente síntesis y reafirmación de la doctrina jurisprudencial española la encontramos en la Sentencia TS de 4 de abril de 1997. Señala esta sentencia que "la atribución a uno de los cónyuges del uso de la vivienda no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (Sentencia de 11 diciembre 1992, sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «derecho

16. SERRANO GÓMEZ, E. Obra citada.

real familiar» dice la Sentencia de 18 octubre 1994; «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la de 29 abril 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: Sentencias de 22 diciembre 1992, 14 julio 1994 y 16 diciembre 1995 y, en último término a la familia: «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...» dice la Sentencia de 31 diciembre 1994".

La STSE de 22 de abril de 2004 sigue manteniendo que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros.

En todo caso, este derecho de uso atribuido judicialmente, o en virtud del convenio suscrito por las partes y aprobado por el juez, es compatible con la división de la cosa común, si se tiene la vivienda en copropiedad, o con la venta, si es de titularidad dominical del cónyuge distinto al beneficiario de la atribución del uso. Pero, precisamente por tratarse de un derecho de acusado carácter real y por ello oponible a terceros, ni la división, ni la enajenación, podrán afectar al derecho del beneficiario de aquella atribución, que deberá ser respetado por el nuevo titular de la propiedad. En este sentido se han pronunciado con claridad las Sentencias del Tribunal Supremo de España de 14 de julio y 31 de diciembre de 1994 y 16 de diciembre de 1995. Como dice la ya citada STSE de 22 de abril de 2004, "constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares.

Digamos, finalmente que, precisamente por proyectarse de forma directa e inmediata sobre la cosa y ser oponible a terceros, es inscribible en el registro público, precisamente para lograr la total efectividad de dicha oponibilidad a terceros ajenos a la relación familiar. Es posible su inscripción en el Registro General de la propiedad inmueble, precisamente para asegurar el derecho (Art. 678 C. Civil), a fin de que surta efectos frente a terceros (Art. 680 CC), pues la sentencia que adjudica el uso o aprueba el convenio al respecto es un titulo que constituye un derecho de uso sobre un inmueble (Art. 686.2 CC).

D) Duración

La adjudicación a uno de los cónyuges o miembros de la pareja del uso de la que fue vivienda familiar no tiene necesariamente que ser para siempre ó vitalicia, especialmente en aquellos casos en que la propiedad de la misma es compartida ó su titularidad corresponde en exclusiva a uno solo de aquellos.

Puede fijarse en la sentencia el plazo durante el que se atribuye el uso, lo que tal vez sea aconsejable en aquellos casos en que los hijos cuyo cuidado ha determinado la atribución sean mayores de edad o estén próximos a serlo. También, con arreglo a las circunstancias, en los supuestos de falta de hijos por cuyo interés velar.

También puede suceder que en la sentencia no se establezca plazo alguno. En estos casos, se tratará de una adjudicación por tiempo indefinido, en el más estricto sentido de la palabra, en cuanto que indefinido significa falta de definición o precisión y, tratándose de tiempo, falta de término del mismo. Pero este carácter indefinido no puede, ni debe, confundirse con que la atribución sea a perpetuidad o de por vida o, en definitiva, de carácter vitalicio.

Quiere decir, simplemente, que dicha falta de concrección del día final no impide que, habiendo estado motivada la decisión judicial por las circunstancias vigentes cuando la misma se adoptó y siendo éstas contingentes, las alteraciones de las mismas pueden motivar que se ponga fin al tiempo de ocupación, lo que nos lleva a la posibilidad de modificar el sentido de la atribución del uso.

Por lo tanto, no es necesario que en la sentencia se precise plazo durante el que se concede el uso de la vivienda familiar, precisamente porque puede ser modificada por una posterior alteración de las circunstancias. Las Sentencias matrimoniales no son estáticas sino dinámicas, pudiendo ser modificadas de producirse alteraciones sustanciales de la situación de hecho que el Juez tuvo en cuenta a la hora de pronunciarse, lo que bien puede afectar a la vivienda.

E) Modificación

Como se acaba de decir, las decisiones que en un proceso matrimonial (ó de declaración de la unión no matrimonial) se adoptan por el juez con el carácter de complementarias o accesorias a la básica (de disolución del matrimonio o declaración de la unión extramatrimonial) están condicionadas por las circunstancias existentes en su momento. Y, por supuesto, lo está la relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar, determinada por el interés de los hijos o, a falta de ellos, por el más necesitado de protección. Pero, siendo tales circunstancias contingentes y sujetas a alteraciones, debe plantearse la posibilidad de que las modificaciones de tales circunstancias den lugar a la del sentido de la decisión judicial tomada sobre la vivienda.

El Código de Familia recoge expresamente esta posibilidad de modificación de las medidas complementarias en los artículos 110 y 112. Dispone el Art. 110 CF que, en los casos de convenio entre los cónyuges, si se produjera alteración sustancial de las circunstancias

bajo las que fue aprobado, podrá modificarse por otro acuerdo, o judicialmente. Y dice el Art. 112 CF que los acuerdos de los cónyuges o las resoluciones prescritas por el juez en la sentencia de divorcio, podrán ser modificados judicialmente si cambiaran sustancialmente las circunstancias que fundamentaron el fallo.

Se admite, por lo tanto, la modificación de dichas medidas. Pero para ello se exige un cambio sustancial de las circunstancias. Por lo tanto, la alteración de las circunstancias entonces vigentes y que determinaron la atribución de la vivienda a uno de los miembros de la pareja pueda dar lugar a que se dicte una nueva resolución judicial que, en consonancia con el cambio de circunstancias, modifique la situación creada a partir del acuerdo de adjudicación a uno de los cónyuges.

Ello será posible cuando la situación existente al fijarse tales medidas y anterior al correspondiente acuerdo judicial, con posterioridad al mismo haya sufrido tales cambios –que no basta que sean de cualquier entidad, sino que deben ser sustanciales- que razones de justicia, tenidas en cuenta por el legislador, impongan la modificación de la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda, adecuando su contenido a las alteraciones devenidas con posterioridad, que en el correspondiente procedimiento de modificación serán los hechos constitutivos y en los que fundamente su pretensión quien solicite el cambio.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA (ESPAÑOLA)

La que sigue es una selección de jurisprudencia que permite comprobar, a partir de las cinco sentencias del Tribunal Supremo de España que se transcriben, tanto el rango legal y jurisprudencial que alcanza la protección a la vivienda familiar, como que instrumento legal de dicha protección no es solamente la norma que exige el acuerdo de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición y gravamen. Medio legal de articular la protección son también los preceptos que, en los casos de ruptura, prevén que los cónyuges o el juez decidan acerca de la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar. Ambas clases de normas existen en la legislación Salvadoreña, cuyo artículo 46 CF es análogo al artículo 1320 del Código Civil español y cuyos artículos 108 y 111 CF pueden ser equiparados al artículo 96 del Código Civil de España. El artículo 46 CF disciplina la protección de la vivienda familiar en una situación determinada de la familia, en que no se ha producido la ruptura y los artículos 108 y 111 CF la regulan cuando se ha producido la quiebra de la unidad familiar básica. Pero no debería ser discutible que unas y otras son normas de protección, si bien en muy diversas circunstancias de la familia.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1149/1992 (Sala de lo Civil), de 11 diciembre de 1992

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

En esta sentencia, el TSE trata de la naturaleza y efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. Sostiene que, en caso de venta de la vivienda a un tercero por parte del cónyuge propietario a quien no se atribuyó el uso, dicho tercer adquirente no puede invocar con fortuna su derecho dominical para conseguir el desalojo del cónyuge a quien se atribuyó aquel uso. Menos en un caso como el examinado por el TSE, en que se detecta la falta de buena fe de dicho tercer comprador. (Para la mejor comprensión de la sentencia a la luz del derecho salvadoreño y especialmente de alguna afirmación contenida en ella, debe tenerse en cuenta que en el derecho español puede tenerse la posesión sin ánimo de dueño y sin la pretensión de llegar a serlo, lo que es diferente de la concepción que de la posesión se ofrece en el Art. 745 CC Salvadoreño).

D. José Luis H.L. formuló demanda de menor cuantía contra Dª Encarnación P.O. sobre acción reivindicatoria e indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Madrid dictó sentencia, el 8 de abril de 1988, desestimando la demanda.El actor apeló y la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 21 de marzo de 1990, desestimó el recurso. El demandante interpuso recurso de casación. El T.S. declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Origen del presente proceso es la acción reivindicatoria que ejercita el actor, hoy recurrente, sobre el piso 7.º de la Calle García de Paredes núm. 88, de Madrid, contra su actual ocupante. Extremos de naturaleza fáctica acreditados y aceptados por la sentencia recurrida son los siguientes: 1.º) Que en fecha 11-7-1978, se dictó Auto de medidas provisionales por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de los de esta capital, atribuyendo el uso del domicilio conyugal constituido por el piso reivindicado a la demandada-recurrida, en procedimiento de medidas provisionales entabladas por el otro cónyuge. 2.º) Que el 2-8-1978 el referido consorte donó el piso en cuestión a su hija doña Daniela Odilia W. 3.º) Que con fecha 9-3-1979, otorgó escritura pública de venta doña Daniela Odilia W. representada por su padre y donante don Adolfo W. G., en favor del actor-recurrente, titular registral actual; 4.º) Que decretada la nulidad canónica del matrimonio se dictó sentencia en autos de solicitud de medidas judiciales dimanantes de sentencia de nulidad dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de los de Madrid, con fecha 20-4-1985 cuyo pronunciamiento tercero dispone «la actora doña Encarnación P. O., continuará, con la hija confiada a su custodia, en el uso del disfrute de la vivienda familiar». Tanto la sentencia de primera instancia como la de la segunda, que acepta sustancialmente la anterior, rechazaron la pretensión deducida en juicio.

SEGUNDO.- Opone a la sentencia impugnada, como primer motivo el actor-recurrente, bajo la tutela procesal del antiguo núm. 5.º del Art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la pretendida infracción del Art. 348 del Código Civil y doctrina jurisprudencial aplicable, a cuyo fin sostiene que la recurrida carece de título legítimo para mantenerse en la posesión de la vivienda objeto de reivindicación y, por ello, que debió habérsele condenado en los términos propuestos en la demanda. Consecuentemente el problema que se plantea deriva de la naturaleza que deba darse al uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente, en aplicación de normas legales, no obstante ser en aquella fecha su dueño privativo el otro cónyuge, al cónyuge no propietario y efectos de este uso sobre el titular dominical de la vivienda, cuando éste sea una persona ajena a la relación matrimonial en crisis o extinta, y, más concretamente, cuando la dicha titularidad nace después de haberse determinado el uso por decisión judicial, a causa de un acto de disposición efectuado por el otro cónyuge o por quien trae derecho del mismo. Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes [Art. 1320 y Art. 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642 y NDL 18733) y disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981\1700 y ApNDL 2355)], que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho

uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza su homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral, aunque tomando en consideración que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del Art. 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión. Mas, si en la actualidad las normas ayudan a que se explicite con mayor claridad la calificación que ha de darse al uso de la vivienda familiar, estas circunstancias sobrevenidas no impiden que se precise si en el Derecho civil precedente cabía llegar en justicia a una conclusión distinta, esto es, si las situaciones injustas que, como reconoce el recurrente, «se daban para el interés familiar por hechos similares al que aquí nos encontramos», hacían indispensable, en la tesis del recurrente el cambio legislativo, o su solución, cabía también inferirse, en modo análogo al actual, de principios y normas vigentes con anterioridad a la reforma legislativa de 1981. La Sala comparte, acerca de la cuestión, el razonamiento que, en este sentido, recoge la sentencia recurrida, inclinándose por la interpretación doctrinal que sostenía la naturaleza «sui generis» de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, cuyo contenido debía ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela.

TERCERO.- Desde la precedente perspectiva mal puede prosperar la tesis del recurrente sobre la insuficiencia del título de la demandada con el consiguiente efecto de obtención de la posesión inmediata que interesa, pues no se trata de aplicar, en su caso, como sostiene, una doctrina jurisprudencial diferenciada de la tradicional que exige para que la acción reivindicatoria alcance buen fin que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identificación de la misma y su detentación o posesión por la demandada, sino que, además, es preciso (cuestión obviada o silenciada en todos aquellos casos en que no se plantea una situación equiparable) que la posesión, no esté justificada por un título legítimo que sin necesidad de manifestarse

a título de dueño, y por tanto, con subordinación al de propiedad, no sea excluyente del uso de la cosa, según resulta de una elemental comprobación del contenido del Art. 432 del Código Civil acerca de los conceptos en que pueden ser poseídos los bienes, y de la jurisprudencia de esta Sala que explica la posible y admisible concurrencia de las especies de posesión indirecta e inmediata, respectivamente. Por lo dicho queda claro que, en principio, la atribución judicial del uso de la vivienda habitual a uno de los cónyuges, se erige en título legítimo, justificativo de la ocupación incluso frente a propietarios que traen causa del cónyuge, primitivo titular, en determinadas condiciones. Por ello, el motivo perece.

CUARTO.- Aduce, como segundo motivo de casación, por igual cauce que el ya examinado, la infracción del Art. 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), en relación con los Arts.. 34 de la Ley Hipotecaria y 1250, 1251 y 1462 del Código Civil. Supone, en este sentido el recurrente, a partir de la presunción de buena fe, que le favorece con dispensa de prueba (Arts. 1250 y 1251 del Código Civil) que no han sido aplicados en su beneficio, los citados preceptos de la Ley Hipotecaria especialmente en lo que concierne a la protección del tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo. Pero olvida que la presunción de buena fe, aparece destruida por las afirmaciones fácticas que como probadas establecen las respectivas sentencias en tanto que la segunda hace suya expresamente la primera. Así, en esta última, se dice que el actor no ha acreditado la buena fe necesaria y aunque la dicción no es muy afortunada, si se examina el contexto fácilmente se deduce que los indicios vehementes que patentizan las intenciones contrarias a la buena fe de los contratantes actúan como elementos disuasorios de los efectos de la presunción que alega el comprador, sin que éste se haya esforzado en contraprueba alguna, pues la dispensa de prueba no tiene un alcance total, cuando el hecho que ampara se difumina con evidencias contrarias. Del mismo modo, la segunda sentencia que no deja de reconocer el principio de dispensa de prueba, mantiene tras una exposición cronológica de todas las circunstancias que llevaron al contrato de compraventa en cuestión, las que eufemísticamente denomina «sombras de duda razonables respecto de la pretendida buena fe por parte de los contratantes y personas que intervinieron en la relaciones contempladas», aunque, en realidad lo que dice es que la presunción de buena fe no ampara los actos realizados por el recurrente, pues de la prueba practicada y de las circunstancias de la operación se infiere que la buena fe no existía, como así se desprende de la propia donación a la hija del primer matrimonio ante la presencia del proceso de nulidad matrimonial, venta del piso por la donataria representada por su padre, poco después de conocerse el Auto de medidas provisionales, atribuyendo el uso y disfrute de lo que era

vivienda familiar a la demandada y su hija, cuantía del precio fijado para la compraventa y forma de pago tan fácil establecida, habida cuenta de las calidades y condiciones del mismo y la inexistencia de reclamaciones entre el vendedor y comprador pese al incumplimiento contractual, circunstancias todas que hacen sumamente inverosímil la concurrencia de buena fe contractual en el recurrente y conjunto de elementos probatorios más que suficiente para que se considere destruida la presunción que operaba a su favor, pues la prueba en contra de una presunción no tiene que ser directa, sino que basta la indiciaria o indirecta, con tal que sea fuerte y proporcione, como ocurre en el caso, indicios vehementes en contra, ya que la mala fe, habitualmente no se pregona y suele disfrazarse; de aquí, que como resalta la doctrina, con referencia al párrafo segundo del Art. 1320 del Código Civil aplicable por analogía al supuesto, la existencia de circunstancias de notoriedad o indicios de cognoscibilidad objetivos (entre ellos, previo examen de la vivienda) pueden llegar a descalificar la buena fe del adquirente, cuando pudiendo fácilmente conocerlos alega desconocerlos de hecho, y no cabe duda, que tanto el título previo a la adquisición (donación) como la actuación del propio donante como representante de la donataria para la venta, así como los demás elementos reseñados, en lo atinente, debieron mover al recurrente, si no actuaba ya con previo concierto, a conocer mejor la realidad subyacente, tras la venta, lo que de acuerdo con las reglas del criterio humano hizo. De aquí que al fallar el postulado de la buena fe sobre el que descansa la aplicación de los artículos que invoca, se rechaza también este motivo.

QUINTO.- La inviabilidad casacional de los motivos produce por imperativo legal la declaración de no haber lugar a la anulación de la sentencia de segunda instancia con imposición de costas al recurrente y pérdida del depósito constituido.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1199/1994 (Sala de lo Civil), de 31 diciembre de 1994

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

En la STSE que sigue se contiene un concepto de vivienda familiar, que se configura como bien familiar, no patrimonial. Se insiste en que el derecho de uso que se atribuye tras la ruptura a uno de los cónyuges es oponible a terceros, aunque no puede generar un derecho anteriormente inexistente. Se sostiene también que la adjudicación del uso a uno de los cónyuges es un mecanismo de protección de la vivienda familiar.

Doña Carmen G. P. formuló demanda, en juicio declarativo

ordinario de menor cuantía sobre nulidad de escrituras de compraventa y de constitución de hipoteca, contra don José María B. P., «Ingeniería, Seguridad y Proyectos-Oficina Técnico Comercial, SA» y «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona dictó Sentencia el 10-1-1991 estimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia dictó Sentencia el 27-6-1991 desestimándola.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos probados que conviene detallar antes de estudiar los motivos del recurso: A) La recurrente, doña Carmen G., estuvo casada con don José María B. P., cuyo padre, señor B. F., era propietario por compra en 25 de noviembre de 1980 de un piso que cedió en uso al matrimonio. B) El 3 octubre 1985 se dictó Sentencia de divorcio y entre las medidas acordadas, una atribuyó a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal. C) El 15 de diciembre de 1985 fallece el propietario del piso, es decir, con posterioridad al divorcio. D) Al fallecer el propietario, la actora, hoy recurrente, intentó anotar en el Registro de la Propiedad la atribución del uso de la vivienda familiar, siéndole denegada sucesivamente cada 60 días, extendiéndose asientos de presentación en 20 de octubre de 1987, 4 de enero de 1988, 16 de marzo de 1988, 31 de enero de 1988, 11 de agosto de 1988, 25 de octubre de 1988 y 10 de enero de 1989, porque no figuraba inscrita a nombre del esposo. E) El 5 de mayo de 1988, don José María B. P. acepta la herencia de su padre e inscribe a su nombre el piso por asiento de presentación de 22 de noviembre de 1988, e inscripción de dominio de 28 de noviembre de 1988. F) El 18 de octubre de 1988 vendió el señor B. P. la vivienda y el 23 de noviembre se presenta la escritura al Registro, inscribiéndose el 20 de diciembre de 1988. G) La sociedad adquirente, «Ingeniería, Seguridad y Proyectos-Oficina Técnico Comercial, SA», hipotecó la vivienda el 25 de octubre de 1988 a favor de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona», en garantía de un préstamo por escritura que se presentó al Registro el 21 de noviembre de 1988 y se inscribió el 28 de diciembre de 1988. La venta a la sociedad y la hipoteca se impugnan en este proceso y la Audiencia las declara válidas por haber actuado de buena fe el comprador y la Caja de Ahorros.

SEGUNDO.- Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en

los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual «para disponer de los derechos sobre vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial». El citado artículo habla de «disponer de los derechos sobre la vivienda», por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda.

En las situaciones de crisis de la familia, el Código establece la protección del artículo 90 contenida en el convenio regulador, que ha de referirse entre otros extremos a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y la protección del artículo 96 en el que contienen normas para la atribución de la vivienda atendiendo al interés más digno de protección y se conceden facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo.

Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso.

Esta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes, que obtuvieron vivienda del padre del esposo, sin que se haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un

derecho a poseer, por lo que el padre en cualquier momento habría podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia. Y en esta situación posesoria de los cónyuges sobrevino el divorcio y la decisión del Juez de familia (sin necesidad de entrar a conocer el vínculo jurídico en virtud del cual ocupaba el grupo familiar la vivienda) que aprobó el convenio en el que se atribuyó el uso a la esposa y descendencia.

Después de esta decisión judicial, oponible «erga omnes», aunque no generadora de un derecho real, el esposo que había poseído la vivienda con la familia, sin que haya acreditado que poseyera en virtud de derecho alguno protegido por el artículo 1320, devino propietario por herencia de su padre y la situación posesoria, que en vida de éste dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil, y en esta situación se plantea el litigio sobre la validez de la venta de la vivienda familiar, efectuada por el esposo y la hipoteca posterior constituida por el comprador y la «Caixa D'Estalvis», que ha dado lugar a la sentencia desestimatoria que en este recurso se impugna.

TERCERO.- El motivo primero del recurso se funda en el número 4 del artículo 1692, por error en la apreciación de la prueba, basada en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Como documentos cita la escritura pública de compraventa otorgada como vendedor por don José María B. P. a favor de «Ingeniería, Seguridad y Proyectos-Oficina Técnico Comercial, SA» de 17 de octubre de 1988, la escritura de constitución de hipoteca a favor de la «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona» de 25 de octubre de 1988, la certificación expedida por el Registrador de la Propiedad número 6 de Barcelona, acreditativa de las inscripciones, anotaciones preventivas, notas marginales y asientos en el Libro Diario, afectantes a las fincas registrales números 28020, 28022 y 28024.

Seguidamente, el recurrente dedica el cuerpo del motivo a fijarse en el estado civil de divorciado del vendedor, en la ausencia de toda mención sobre el carácter de la vivienda vendida o sobre su estado de ocupación, así como en el precio pactado para la venta y el dinero obtenido en préstamo hipotecario con garantía del piso para obtener la conclusión de que la sociedad compradora carecía de buena fe.

El motivo decae, porque siendo la buena fe un hecho, no queda desvirtuada por los documentos citados, todos los cuales carecen de mínimo carácter de literosuficientes que exige la jurisprudencia

para que prospere un motivo al amparo del antiguo número cuatro del artículo 1692, carácter que sólo tienen los documentos, cuya lectura permite comprobar el error padecido de su simple tenor sin deducciones o inferencias.

CUARTO.- El motivo segundo se plantea al amparo del número 5 del artículo 1692, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables a resolver las cuestiones objeto del debate.

Como normas infringidas señala los artículos 1232 y 1233 del Código Civil, y como demostración de la infracción designa la afirmación contenida en el fundamento de derecho quinto de la sentencia en la que se afirma que «"OTECOSA" no conocía la situación de hecho del piso». De esta infracción pretende nuevamente obtener la conclusión de que «en resumidas cuentas, la confesión de conocimiento del estado de ocupación de la vivienda hace prueba contra su autor y el hecho de que sostenga que no conocía la asignación de la vivienda no puede separarse del resto de las respuestas».

El motivo decae por diversas razones: la prueba de confesión no tiene más valor que las restantes pruebas, ni tiene carácter privilegiado [Sentencias de 11 noviembre 1988 y 28 febrero 1989 (RJ 1989\1411)], puede y debe apreciarse en combinación con las restantes pruebas practicadas [Sentencias de 2 marzo 1989 (RJ 1989\1748) y 26 febrero 1983 (RJ 1983\1077)], para que tenga fuerza probatoria contra su autor ha de ser explícita (Sentencia de octubre 1988) y aun en estos casos corresponde al Tribunal sentenciador deducir las conclusiones. Y en este caso de autos, ni hay contestaciones explícitas, ni del tenor de ninguna de las respuestas puede obtenerse la conclusión de que conocía el confesante el estado de ocupación de la vivienda, conclusión ésta de carácter subjetivo y obtenida por la propia recurrente que no puede sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Sala de instancia.

QUINTO.- El motivo tercero tiende también a tratar de demostrar que los adquirentes de la finca no actuaron de buena fe. Ahora, acudiendo al apoyo del artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y señalando como infringido por inaplicación, el artículo 1253 del Código Civil. Es decir, acusa a la Sala de instancia de no haber utilizado la prueba de presunciones para obtener la conclusión de que hubo mala fe en el adquirente.

El motivo decae porque es muy reiterada la doctrina [SSTS 5 noviembre 1990 (RJ 1990\8522), 18 julio 1990 (RJ 1990\5950), 2 julio 1985 (RJ 1985\3638), etc.], según la cual la posibilidad de impugnar en casación la no utilización por los Juzgadores de instancia de la

prueba de presunciones sólo es permisible en supuestos excepcionales, cuando partiendo de un hecho claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible. Y esas circunstancias no se dan en el caso de autos, es más, la Sala de instancia analiza los hechos alegados por la actora, hoy recurrente, los valora y llega, en uso de sus facultades, a consecuencias distintas que el Juzgado y éstas han de ser mantenidas porque ningún dato abona la idea de que sean conclusiones contrarias a la lógica ni absurdas, únicos supuestos en que cabría declarar que la apreciación de las pruebas es contraria a las reglas de la sana crítica o al criterio humano. Sabido es, por lo demás, que en ocasiones hay diversidad de conclusiones no exentas de lógica [vid. Sentencia de 20 noviembre 1990 (RJ 1990\8986)].

SEXTO.- El motivo cuarto denuncia por la misma vía del número 5 del artículo 1692, la infracción del artículo 1320, párrafo 2.º del Código Civil, por aplicación indebida.

El razonamiento, en síntesis, sostiene: el artículo 1320.2.º no es aplicable al caso de autos, es aplicable y no se aplica el artículo 96.4 y este precepto permite anular la enajenación sin que la anulación de la venta pueda impedir la buena fe del adquirente, porque este precepto no contiene norma equiparable con el párrafo 2.º del artículo 1320 que protege al adquirente de buena fe.

El motivo decae porque el artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición.

SEPTIMO.- Las costas se imponen preceptivamente al recurrente.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1073/1995 (Sala de lo Civil), de 16 diciembre de 1995

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

Se sostiene en la siguiente sentencia que es compatible

que se atribuya a un cónyuge el uso de la vivienda familiar con el hecho de ser propiedad de ambos. Y que, para terminar con la situación de comunidad, puede darse lugar a la venta de la vivienda con adjudicación a cada cónyuge de la mitad del precio que se obtenga, si bien deberá respetarse y garantizarse en todo caso aquel derecho de uso.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su fundamento de Derecho Primero.

El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por doña María del Carmen L. P., contra la Sentencia pronunciada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Asturias en fecha 12-3-1992, y declara la incongruencia de la sentencia dictada y la nulidad de su pronunciamiento relativo a la descalificación de la vivienda, cuya titularidad dominical se adjudica proindiviso a ambas partes, con independencia de que su valoración se relegue a su venta en pública subasta, a salvo entonces el derecho de atribución de su uso familiar en los términos judicialmente declarados, manteniéndola en todo lo demás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, en su Sentencia de 4 junio 1991, resuelve el litigio promovido por demanda interpuesta por la actora contra el codemandado en base a que por haberse declarado la separación de los mismos, y tras llevarse a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales, con intervención de los correspondientes contadores y contador dirimente, se impugna por la misma la liquidación efectuada; en citada demanda (todo ello al amparo de la normativa correspondiente, artículos 1057 y siguientes del Código Civil y 1078 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo a través del cauce correcto del artículo 1088), expresamente se solicita se dicte sentencia «en la que se condenase al demandado aceptar la liquidación de la sociedad de gananciales formada por él mismo con su esposa, de acuerdo con los siguientes términos: a) Activo de la sociedad de gananciales: 16.623.509 ptas., formado por los muebles que se valoran en 150.000 ptas. el vehículo que se valora en 150.000 ptas. y la vivienda que se valora en 1.323.509 ptas. (valor máximo en el momento de presentar la demanda según certificación del Principado de Asturias). b) Hijuela para el esposo: 811.754 ptas. c) Hijuela para la esposa: 811.754 ptas. d) Adjudicación en pago de haberes a don Juan S. M.: el dominio del vehículo, debiendo ser compensado en metálico por doña Carmen L. P. con la cantidad de 661.755 ptas. e) Adjudicación en pago de haberes de doña Carmen L. P.: el dominio de los muebles y de la vivienda,

debiendo de abonar en metálico a don Juan S. M. por el exceso de adjudicación la cantidad de 661.755 ptas.», a cuya demanda se opuso el demandado incorporando en su contestación una reconvención implícita, por cuanto solicitó que se desestimara la demanda o en todo caso se aprobaran las operaciones divisorias y adjudicaciones contenidas en el cuaderno particional presentado por esta parte, o en todo caso el del partidor dirimente; esa sentencia estima en parte la demanda, y subraya en su Fundamento Jurídico 2.º, que «en suma el debate queda centrado en torno al avalúo y adjudicación de la vivienda para uso familiar, que en la actualidad disfruta la esposa por habérselo declarado así judicialmente; en su Fundamento 3.º, se declara la vigencia de las normas de uso de Viviendas de Protección Oficial, en el sentido de que el valor de las mismas no podrá exceder del máximo legalmente establecido, conforme al artículo 29 del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Real Decreto 12 noviembre 1976 (RCL 1976\2437 y ApNDL 14179) y demás garantías que constan sobre el precio, y asimismo, porque según la doctrina jurisprudencial es nulo el precio que exceda del máximo del mercado; y -Fundamento Jurídico 4.º- después de mantener la adjudicación solicitada sobre el resto de los bienes, establece la comunidad de bienes sobre la vivienda en cuestión y dicta la sentencia indicada estimatoria en parte de la demanda en la que se fija, por un lado, el valor de la vivienda ganancial en 1.323.509 pesetas -valor oficial de la misma-, y por otro se asigna por iguales partes en comunidad la susodicha vivienda; sentencia que fue objeto de apelación por la demandada -según dice la Audiencia en su Antecedente de Hecho 2.º-, cuyo recurso se resolvió por la de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6.ª en 12 marzo 1992, en la cual, en punto a ese fundamental tema de adjudicación de la vivienda, en su Fundamento Jurídico 3.º se razona, que teniendo en cuenta que la misma está sometida al Régimen de Protección Oficial cuyo precio es de 1.323.509 pesetas y que al tiempo de la presentación de la demanda en el mercado libre alcanzaría «al menos un precio de 8.000.000, y sobre todo que si se mantuviese la adjudicación de la misma a favor de la esposa con el deber de ésta de compensar al marido en la mitad de ese precio oficial, se produciría un enriquecimiento injusto, conduce a la conclusión de que lo más adecuado y equitativo es proceder a la descalificación de la susodicha vivienda mediante los anticipos correspondientes, con lo cual el precio de la misma se regiría por la ley del mercado libre, y bien procediendo a su venta y distribuyéndose el precio por mitad si así lo acordasen los interesados o bien adjudicándolo a uno de los cónyuges a cambio del abono al otro de la mitad del precio libremente obtenido no se produciría perjuicio a ninguno de los esposos»; en el Fundamento Jurídico 4.º, se argumenta que dicha resolución no implica incongruencia con lo manifestado por las partes, dado que lo interesado por la recurrente fue la liquidación de los bienes gananciales que formaba con su esposo;

a lo que ahora se accede rectificando en lo posible -por razones de equidad-, lo dispuesto en la sentencia de primera Instancia, y todo ello, para mantener el equilibrio proporcional en las adjudicaciones a tenor de lo dispuesto en los artículos 3, 1061 y 1410 del Código Civil; en el Fundamento Jurídico 5.º, se razona el por qué es procedente la descalificación de la vivienda mediante los abonos procedentes a los Organismos Oficiales, y «hecho determinar el valor en el mercado de la repetida vivienda»; emitiéndose el fallo revocando parcialmente la sentencia dictada, contra cuya decisión se interpone el presente recurso de casación por la esposa actora, con base a los siguientes motivos que se analizan por la Sala.

SEGUNDO.- En el primer motivo, se denuncia al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por haber incurrido la misma en el desvío de incongruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se afirma que «el demandado en ningún momento formuló en su contestación a la demanda la solicitud que la vivienda fuese descalificada ni valorada según el precio del mercado, ni que se adjudicase por partes iguales el valor real de la vivienda una vez establecido». En el segundo motivo se denuncia al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, fundamentalmente las relativas a la legislación de las Viviendas de Protección Oficial que en sus artículos 27 a 29 del Real Decreto 2960/1976 especifican la cuantía máxima de los precios de venta de las Viviendas de Protección Oficial. En el tercer motivo se denuncia, por igual vía jurídica, la infracción por inaplicación del artículo 147 del Decreto 2114/1968 de 24 julio (RCL 1968\1584, 1630, 2063 y NDL 30714), así como las demás normativas que cita, en donde se afirma (artículo 20 del Real Decreto 3148/1978 [RCL 1979\126 y ApNDL 14199]) que la modificación de la calificación definitiva, una vez concedida sólo podrá ser modificada o anulada en los casos que se indican. En el cuarto motivo, se denuncia por idéntica fórmula, la infracción de lo dispuesto en los artículos 1062 en relación con el 1410 del Código Civil, afirmándose que gozando la esposa del uso y disfrute de la vivienda atribuida por la sentencia de separación, debe ser a la misma a quien se atribuya la propiedad exclusiva de citada vivienda, y siendo la petición formulada por el demandado de que se mantenga la indivisión y no habiéndose ejercitado en ningún momento el que la vivienda sea vendida en pública subasta, la sentencia impugnada ha incurrido en motivo de casación al acordar cuanto se dispone en el número 4 de su parte dispositiva, por todo ello, se interesa que tras apreciar la incongruencia se resuelva declarando lo pedido en el recurso, conforme al también «Petitum» de la demanda.

TERCERO.- La Sala, y tras precisar que la primera sentencia

fue objeto del recurso de apelación, por la actora, hoy recurrente y no por el demandado como, por error, se dice en citado Antecedente de Hecho número 2 por la Sala «a quo» expresa en torno al primer motivo que debe emitir un juicio admisorio, porque, en efecto la sentencia recurrida (y sin perjuicio de las razonables justificaciones que expone en sus Fundamentos Jurídicos 3.º y 4.º, para introducir el favor de que por las partes se proceda a la previa descalificación de la susodicha vivienda mediante los anticipos correspondientes, para después poder enajenarla o poder determinar el valor de mercado de la citada vivienda), ha incurrido en la denunciada incongruencia por cuanto ni por la parte actora se planteó dicha petición, sino entre otras que exclusivamente se fijase el valor de la vivienda en 1.323.509 pesetas; y que asimismo se le adjudicase a la misma, debiendo abonar en metálico al demandado la cantidad correspondiente de 661.755 pesetas; y tampoco por parte del demandado se introdujo esa petición, ya que en su demanda se pidió la desestimación en su contestación a la demanda, y en todo caso, como reconoce la propia actora al emitir dicho motivo, que se aprobasen las divisiones o adjudicaciones de su correspondiente cuaderno o el confeccionado por el Contador dirimente; es claro, pues, no cabe compartir que la Sala «a quo» haya estimado así en parte la pretensión planteada, porque -se repite- sin perjuicio de las razones de equidad que expone para su decisión, se subraya, que al imponer la misma una evidente prestación personal un «facere», a las partes, no planteada en el litigio, la incongruencia por razón de la materia o consideraciones cualitativas «extra petita», es evidente, por lo que la admisión del motivo conlleva a extirpar dicho pronunciamiento de la sentencia, con los efectos correspondientes.

CUARTO.- En relación con los demás motivos del recurso, la Sala resalta que, efectivamente, tratándose de la liquidación de una sociedad de gananciales, no sólo razones de equidad habrán de presidir el criterio decisorio de los Tribunales, sino que el mismo habrá de atenerse a la normativa que rige al respecto, contemplada en especial en los artículos 1344, 1404, 1406 y 1410 en relación con los 1061 y siguientes todos del Código Civil, así y según lo dispuesto en el 1344 del Código Civil, se deberán atribuir los bienes gananciales por mitad al disolverse la misma; el 1404 prescribe que el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre marido y mujer, o entre los respectivos herederos; en el 1406, se establece el elenco de bienes que con preferencia habrán de adjudicarse en el haber de uno o de otro de los cónyuges; en el 1410, precepto nuclear de esta materia, sanciona que en todo lo no previsto en esta normativa específica, y en singular para estas adjudicaciones, se estará a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia, por lo cual, se remite a lo dispuesto en los artículos 1051 y siguientes en los que sobresale, por un lado, el artículo 1061, o sea, que en la partición

de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes a fin de adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, realidad o especie, y por otro en el artículo 1062 se establece en su párrafo 1.º, que cuando una cosa sea indivisible, o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero y que -2.º párrafo- cuando alguno de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, bastará para que así se haga.

QUINTO.- Conforme a los anteriores antecedentes y normativa, la Sala subraya las siguientes circunstancias significativas en el recurso:

1.º) Que siendo la única discrepancia la relativa a la adjudicación y valoración del inmueble actualmente disfrutado por resolución judicial como vivienda familiar por la esposa, es claro, que la pretensión de ésta según su «petitum» y por las razones que aduce de su actual derecho de uso de la vivienda, de que se le adjudique la propiedad de la misma -apartado E, de su «petitum»-, habiendo de compensar al marido a tenor de la valoración de dicha vivienda en el importe de 1.323.509 pesetas, como valor máximo según el Régimen de Viviendas de Protección Oficial, en el 50% de esta suma, es una petición a todas luces que vulnera el específico módulo de igualdad de citado artículo 1061, ya que es evidente se elude crasamente ese mandato con pretendida adjudicación, pues sería hasta superfluo resaltar que, por razones de mercado, el precio y, sobre todo el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora.

2.º) Con independencia de cuál sea el tratamiento de las viviendas sometidas al Régimen Especial y el carácter más o menos vinculante de sus previsiones, no se ignora -como se especifica en la impugnación del recurso-, que tales sanciones se refieren, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Real Decreto 2960/1976, a prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado (sin que sea menester ahora reflexionar sobre el grado de eficacia sustantiva de esta prohibición, dentro de las relaciones intersubjetivas, al no ser tema «decidendi»), y que, en el caso de autos, no se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad.

3.º) Tampoco se puede olvidar que en la reconvención implícita intercalada por el esposo demandado (hoy recurrido) se solicita expresamente que se actúe en cuanto a la valoración a aplicar lo decidido por el Contador dirimente (folio 37), que la valoró conforme

al mercado en 8.000.000 de pesetas, o bien conforme al Contador partidor propuesto por la propia parte (folio 34) que lo evalúa según precio de mercado en 8.500.000 ptas., si bien esta posición de la parte demandada no es ahora atendible, al haberse aquietado con la primera sentencia del Juzgado.

4.º) Y por último, acorde con la decisión que se emite de adjudicación en proindiviso de la vivienda y la eventual disposición de la misma, habida cuenta su no cuestionado derecho de estar atribuido su uso familiar judicialmente a la recurrente, se reproduce cuanto se expuso, en cuestión análoga, en la Sentencia de esta Sala de 14 julio 1994 (RJ 1994\6439), aplicable «mutatis mutandis», que decía: «...no puede olvidarse, que ese derecho divisorio que se ejercita por la actora, subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica, que ha acontecido a resultas del proceso de separación personal de los cónyuges, y que, como efecto común, recogido en el Capítulo IX, Título IV, Libro I, artículos 90 y siguientes del Código Civil, establece que la sentencia en que se decrete la separación personal de los cónyuges, en defecto de acuerdo de los mismos, aprobada por el Juez asignará el uso de la vivienda familiar, y los objetos de uso ordinario que a ella corresponde, a los hijos y al cónyuge, en cuya compañía quedan, prescripción que, cualquiera que sea la ulterior vicisitud que padezca esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente... cuanto se argumenta, no basta, a que quepa coordinar o compaginar las repetidas situaciones jurídicas, esto es, la del mantenimiento del derecho, ya preexistente, que otorga a la recurrente el uso de dicha vivienda familiar, en las condiciones en que está recogida en la citada sentencia de la Audiencia de Valladolid (y por supuesto, en tanto se mantengan o persistan los supuestos de hecho tenidos en cuenta por esta decisión en relación con lo requerido en la norma aplicada, el artículo 96.1 del Código Civil) y la derivada de que con posterioridad se habilite ese derecho divisorio accionado con base a los artículos 400 y siguientes del Código Civil, en el sentido pragmático de que, aun cuando se reconozca este derecho, y se proceda, incluso, a la ejecución divisoria de lo así acordado, en caso alguno, ello puede afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges... todo lo cual produce, que deba, por un lado, acogerse en parte el contenido de los motivos, en cuanto a la indemnidad, mientras dura la temporalidad del disfrute de esos derechos de uso, lo que tampoco puede provocar la desestimación total de la demanda, por cuanto que el derecho a la división reconocida ha de mantenerse, si bien, se reitera, bajo la limitación de que se hará sin perjuicio del contenido satisfactivo del susodicho derecho al uso de la vivienda familiar...». En consecuencia con lo anteriormente expuesto,

la Sala tras recuperar la soberanía enjuiciadora a resultas de la admisión del primer motivo según prescribe el artículo 1715.1.3.º, resuelve que tras esa declaración de incongruencia, debe estimarse en parte la demanda, exclusivamente, en lo referente a las otras peticiones no cuestionadas, y en cuanto a lo concerniente a la pretendida adjudicación del inmueble desestimarla, por cuanto es aplicable en parte lo resuelto por el juzgador de instancia respecto a la adjudicación en comunidad de la vivienda en cuestión a ambos esposos y, en consecuencia, en punto a su valoración pueden cualquiera de las partes actuar a tenor de lo dispuesto en el artículo 1062, párrafo 2.º, en cuyo caso, el valor que se obtenga en esta pública subasta será justamente sobre el que tenga derecho el 50% cada uno de los litigantes, y sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, por lo que procede dictar la correspondiente resolución, sin que a tenor del artículo 1715.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710 y 873 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 278/1997 (Sala de lo Civil), de 4 abril de 1997

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

La STSE que sigue aborda la cuestión relativa a la naturaleza del derecho de uso a la vivienda familiar que se atribuye a uno de los cónyuges, del que dice que es un derecho de ocupación oponible a terceros, a la vez que resta trascendencia práctica al problema de si se trata de un verdadero derecho real o es otra su naturaleza.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la sentencia se resumen en su primer fundamento de derecho.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Mª Francisca E. A. respecto a la Sentencia de 18-3-1993 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente tema se centra en una cuestión muy simple jurídicamente y muy complicada fácticamente. La cuestión jurídica se refiere a la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales. Se produce la disolución «ipso iure» de la comunidad

cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges, tal como dispone el artículo 1392, núm. 3, del Código Civil de acuerdo con lo que prevé, con carácter general, el primer párrafo del artículo 95. La disolución de la comunidad de gananciales implica la división de las ganancias entre ambos cónyuges, es decir, la liquidación, tal como expresa el primer inciso del artículo 1396, cuya liquidación sigue unos pasos que regulan con detalle los artículos siguientes, aunque éstos contemplan el caso de concordia entre las partes, pero no el de enfrentamiento personal y jurídico. Este último es el presente caso, que se ha llevado al proceso declarativo la determinación de la ganancialidad, activo y pasivo, el pago de éste y la distribución del final resultante, concretado a unos bienes concretos. Es decir, tal como dice la Sentencia del Juez de 1.ª Instancia núm. 2 de Eibar, confirmada en apelación, la acción ejercitada pretende determinar los bienes o porcentajes de los mismos que son privativos de cada cónyuge y de la sociedad de gananciales existente hasta la disolución de la misma, así como si existen o no cargas o deudas que pesen sobre esta última, todo ello como premisa previa e indispensable para la posterior liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes y derechos correspondientes.

Dicha acción ha sido ejercitada por el esposo don José Miguel A. contra su esposa doña Francisca E. y ha sido estimada parcialmente. La sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección 1.ª la ha confirmado íntegramente.

Contra la misma, la esposa ha interpuesto el presente recurso de casación, apoyado en tres motivos. Hay que destacar que ambas partes están conformes, como no podía ser menos, en la disolución de la comunidad de gananciales producida por la sentencia de separación matrimonial y en la necesaria liquidación de la misma, ya que ambos extremos los impone el Código Civil. Toda la polémica se reduce al tema fáctico de qué bienes son gananciales o privativos y en qué proporción; cuáles son las cargas y la adjudicación a cada uno de los cónyuges.

SEGUNDO.- Los motivos de casación los formula la parte recurrente al amparo de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil genéricamente, sin distinguir, aunque ciertamente, al examinar los mismos, es claro que se fundan en el núm. 4.º

En primer lugar, se analiza el motivo 2.º que se refiere a hechos: se alega la infracción de los artículos 1231 y siguientes del Código Civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos a la prueba y efectos de la confesión en juicio. Sin embargo, al desarrollar

este motivo, hace abstracción de dos extremos, que lo hacen inadmisible. En primer lugar, como dice la Sentencia de este Tribunal de fecha 30 enero 1997 (RJ 1997\151) «la confesión en juicio no tiene un valor probatorio superior a los demás medios de prueba y que se valorará en relación con los mismos. En relación al caso presente, la sentencia de instancia ha valorado exhaustivamente y con todo detalle la prueba practicada y ha llegado a unas conclusiones fácticas que no son ni pueden ser combatidas en casación». En segundo lugar, a través del mismo se pretende la revisión o reconsideración de los hechos de los que parte la sentencia de instancia. Lo cual está vedado en casación, so pena de convertirla en una tercera instancia.

En la redacción de este motivo, se añade al final la alegación de incongruencia y vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que no tiene sentido ya que se mezcla con el tema de confesión en juicio, con el de confesión extrajudicial del artículo 1354 del Código Civil y con las normas de los artículos 1358 y 1359 del Código Civil sin razonamiento alguno que permita su admisión y con una mezcolanza de conceptos y de normas que ni han sido alegados anteriormente ni han sido utilizados en las sentencias de instancia.

TERCERO.- El primero de los motivos de casación alega la vulneración de los artículos 91 y 96 del Código Civil en relación con el 2 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732) y el 7 de su Reglamento (RCL 1974\476, 642 y NDL 18733).

El artículo 96 del Código Civil prevé la atribución a uno de los cónyuges (en el presente caso se había atribuido a la esposa y al hijo) de la vivienda familiar. Cuando la atribución se hace a quien es propietario de la vivienda, coinciden titularidad y posesión, pero éste no es el caso habitual y desde luego no es caso conflictivo. Lo frecuente es que se atribuye a quien no es propietario total o parcial. En el presente caso, se atribuyó a la esposa siendo la vivienda parte ganancial y parte privativa.

La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (Sentencia de 11 diciembre 1992 [RJ 1992\10136]) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «derecho real familiar» dice la Sentencia de 18 octubre 1994 (RJ 1994\7722); «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la de 29 abril 1994

(RJ 1994\2945). En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: Sentencias de 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10684), 14 julio 1994 (RJ 1994\6439) y 16 diciembre 1995 (RJ 1995\9144) y, en último término a la familia: «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...» dice la Sentencia de 31 diciembre 1994 (RJ 1994\10330).

En definitiva, no se duda del derecho de ocupación, provisional y temporal, de la vivienda conyugal que fue atribuida a la esposa y al hijo, aplicando lo dispuesto en los artículos 91 y 96 del Código Civil por la sentencia de separación conyugal. Y la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, atribuye a la esposa, recurrente en casación, la plena propiedad de la misma. Coincide en ella, la titularidad de la propiedad, por adjudicación en liquidación de gananciales y aquella atribución del derecho de ocupación, por la separación conyugal.

No aparece infracción de norma alguna en las sentencias de instancia en tal atribución ni en la ausencia de su valoración en este momento de liquidación de comunidad ganancial, pues no es una carga (a favor de la esposa recurrente) que infravalore la propiedad (que es de la esposa recurrente). El motivo, pues, debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercero de los motivos de casación considera infringidos los artículos 1339 y 1353 del Código Civil. En la sentencia de 1.ª Instancia, confirmada en apelación, se declara probado que el esposo, recurrido en casación, aportó una cantidad de dinero en la compra de la casa, «al haber recibido el señor A. A. para sí de su madre la citada cantidad a título gratuito».

Este motivo del recurso pretende que tal cantidad era ganancial pues la madre la había donado conjuntamente a los esposos. Pero en la sentencia se dice precisamente, como hecho acreditado, lo contrario, por lo que la consecuencia jurídica es que fue una donación de la madre al hijo, por tanto, bien privativo y así lo han considerado las sentencias de instancia. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 905/1994 (Sala de lo Civil), de 18 octubre de 1994

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

En esta sentencia se sigue insistiendo en que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges es

un derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad del párrafo cuarto del Art. 96 CC. Debe precisarse que en dicho párrafo se ordena que si, por no haber hijos del matrimonio, se adjudica el uso al interés más necesitado de protección y este cónyuge no es el propietario de la vivienda, sino el otro, la resolución que lo establezca deberá precisarse el tiempo durante el que se podrá ejercitar este derecho. Cuando la atribución viene determinada por la existencia de hijos que quedan en compañía del adjudicatario, no se ordena que se precise el plazo, lo que podrá o no hacerse en la correspondiente resolución judicial.

Dª María del Rosario C. P. y sus hijos D. José y Dª María-Luisa F. C. formularon demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reivindicación de posesión de vivienda ocupada por esposa separada a cargo de usufructuaria, contra Dª Berta V. M. y D. Juan F. C. este último en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Barcelona dictó Sentencia el 28-2-1990, desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia dictó Sentencia el 9-7-1991 por la que, estimando parcialmente la demanda, declaraba «que la demandada doña Berta V. M. ocupa sin título alguno la vivienda del piso 5º, puerta 1ª de la casa 118 de la calle Girona de Barcelona y en su consecuencia se le condena a dejarlo libre vacuo y expedito dentro del plazo legal a disposición de la usufructuaria...»

La demandada interpuso recurso de casación.

El TS declara haber lugar al recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la pronunciada por el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente doña Berta V. M. denuncia en el cuarto motivo -al haberse inadmitido los tres primeros referentes a error en la apreciación de la prueba-, infracción de los artículos 334.3 y 1280.1 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732), relacionados al 1564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo del número 5.º del precepto 1692 de esta Ley, para sostener que el objeto del pleito se concreta a la reivindicación posesoria y consiguiente desalojo de la vivienda que ocupa la que recurre en el piso 5.º.1.ª, del edificio sito en la calle Girona, 118 de Barcelona, ya que dicha vivienda carece de inscripción y por tanto no se acreditó la existencia de derecho real alguno que ampare la postulación de las recurridas.

El motivo ha de ser rechazado, pues viene a hacer supuesto de la cuestión, cuando quedó probado y así lo declaró la sentencia combatida -lo que se presenta firme en esta casación-, que el piso tiene existencia física real y se halla integrado en el inmueble referido, formando parte de su estructura material. Buena prueba de ello es que sirve de vivienda familiar a la recurrente y la controversia se proyecta directamente sobre el mismo, por lo que es incuestionable su realidad constructiva que se presenta y opera en el tráfico jurídico, con independencia de que carezca de inscripción en el Registro de la Propiedad e incluso pueda representar edificación al margen de la normativa urbanística.

El causante y testador, don Antonio F. O. integró la vivienda en su propiedad, ya que aparece como titular dominical de la misma y, por ello, a su fallecimiento, pasó a completar su caudal relicto, al que accedieron por su condición de herederos, los hijos designados sus sucesores en la disposición testamentaria que otorgó, así como la esposa doña María del Rosario C. P. a la que legó, por todos los días de su vida, el pleno e íntegro usufructo de la totalidad de los bienes de su propiedad al día de su fallecimiento, que tuvo lugar el 23 de noviembre de 1978, por lo que a esta litigante le asiste la legitimación que prevé el artículo 1564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- La recurrente había contraído matrimonio con don Juan F. C. el 10 de octubre de 1971, de cuya unión nacieron tres hijos, y por Sentencia de 8 octubre 1987 se decretó la separación de los cónyuges, aprobando el correspondiente Convenio Regulador de 25 de mayo de dicho año. La cláusula tercera de este acuerdo matrimonial, dispone que la esposa y los hijos continuarán el uso de la vivienda conyugal (que hay que referir a la que se disputa en este litigio) y del ajuar existente.

Los actores del pleito, dos de los hijos del testador mencionado y su madre (usufructuaria universal), instaron la recuperación posesoria del piso y el desalojo del mismo de la mencionada doña Berta V. M. e hijos. En realidad lo que se vino a postular fue la concurrencia de efectiva situación de detentación de la vivienda por darse estado de precario, es decir, la ausencia de toda clase de pagos, título arrendaticio o cualquier otro que pudiera amparar el referido uso y posesión material de la cosa (artículo 1565.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia de apelación sólo acogió en parte la pretensión, pues desestimó los derechos de los hijos, para acceder sólo al que correspondía a su madre en la condición de usufructuaria universal y en razón a que había aceptado el legado a medio de escritura de 28 de noviembre de 1988. Es decir, que a esta fecha, la situación de

ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios.

La atribución de uso y disfrute que en el Convenio Regulador llevó a cabo don Juan F. C., como esposo y padre, lo fue actuando como condómino del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permanecía en estado de indivisión. De esta manera realizó, dicho esposo como cotitular dominical, un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio a favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior por la concesión y consentimiento del causante y padre don Antonio F. O., como propietario del mismo y posteriormente, por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron de esta manera el destino dado a la vivienda controvertida (artículo 394 del CC), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar, hasta que promovieron este pleito dos de los doce hijos del causante, los que actúan no en forma decididamente clara para la comunidad, sino en defensa exclusiva de sus derechos a la nuda propiedad, lo que no procede y la acción resulta ineficaz, según reiterada doctrina jurisprudencial y así lo estimó y declaró la sentencia recurrida.

El discurso casacional lleva a la conclusión de que la recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio Regulador y por tanto no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y trascendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia.

La cuestión se viene a concretar en la eficacia del Convenio respecto a la usufructuaria universal, la que aceptó el legado, no por sí directamente, sino valiéndose de dos de sus hijos, uno de ellos don Juan F. C., esposo separado de la recurrente y casi diez años después de la muerte del testador, lo que hace aflorar, como inteligentemente advierte la sentencia de la instancia, una sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o alguno de sus integrantes, contra la recurrente y sus hijos.

Al tiempo de la referida aceptación de la usufructuaria, la

situación ocupacional de la vivienda por la recurrente era hecho relevante y notorio y dicha aceptación ha de ser relacionada con tal estado preexistencial conocido. Ahora bien, dado que el usufructo es derecho de vida jurídica temporal, pues su extinción se produce por la muerte de la usufructuaria, conforme al artículo 513 del Código Civil, lo que aconteció en el trámite casacional, concretamente el día 31 de octubre de 1993. Ello ocasiona que el derecho que se le otorgó a la misma en la sentencia que se ataca, carezca de toda eficacia y posibilidad de ejecución y sólo opera en cuanto consolida la nuda propiedad de los herederos testamentarios, por lo que en la presente cuestión no puede dejarse de lado y ha de tenerse en cuenta, en necesaria conexión con la impugnación casacional que contiene el motivo quinto, al argumentar infracción por inaplicación del artículo 1278 en relación al 1280.1 del Código Civil, así como por razones de economía procesal.

El motivo procede, pues el Tribunal de apelación marginó el Convenio Regulador, cuya producción de eficacia queda reducida únicamente respecto a los herederos comuneros y no a la usufructuaria, cuyo derecho pereció. El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al artículo 1280 del Código Civil y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (artículo 1227 del CC), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior.

No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 del Código Civil y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el artículo 39-1.º y 2.º de nuestra Carta Magna (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

Conviene tener muy en cuenta que estas situaciones no resisten un tratamiento especial, ya que las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como

medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados y que no pueden resultar agravados, cuanto los actos de desposesión que pretenden los terceros recurridos, aparte de carecer de apoyo legal suficiente, se presentan directamente lesivos al servicio familiar que presta la vivienda en disputa y cuya posesión viene justificada, conforme queda dicho, por título suficientemente legítimo y eficaz, si bien subordinado siempre al de propiedad y que no es impeditivo del disfrute, a tenor del artículo 432 del Código Civil, resultando así explicado debidamente que la ocupación que detenta la recurrente y sus hijos se presenta procedente y genera el debido reconocimiento y protección de los Tribunales.

La calificación e interpretación decisoria de la Sala sentenciadora queda desvirtuada en cuanto no admitió el uso y destino de la vivienda a los fines familiares que se dejan sentados y por razón del derecho de ocupación concurrente. La Sentencia de esta Sala de 2 diciembre 1992 (RJ 1992\10250), así como la de 14 julio 1994 (RJ 1994\6439), contemplan estos estados, si bien la primera como relación de comodato, no dando lugar al desalojo postulado, concurriendo también indicios sospechosos de que al producirse la reivindicación, como en el supuesto presente, muy posteriormente a la separación judicial de los esposos, cuando la vivienda seguía cumpliendo la misma finalidad que ostentó desde el principio de su disfrute, es decir, el de servir de hogar familiar, cabe posible conspiración con clara conculcación del imperativo mandato del artículo 7.1 del Código Civil y ha de incidir para evitar situaciones abusivas de los derechos, por los que la acción no puede prosperar, lo que aporta un razonamiento más a los que se dejan expuestos.

TERCERO.- La estimación del recurso da lugar y conlleva a la no declaración expresa en costas, debiendo cada parte satisfacer las suyas, conforme al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA

José Manuel Marco Cos.
Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón (España).

SUMARIO:

1. Concepto. 2. Diferencia con otras figuras: a) alimentos, b) pensión alimenticia especial, c) cuota alimenticia provisional, d) medida cautelar de alimentos. 3. Regida por el principio de rogación. 4. Criterios para su fijación y cuantificación. 5. Duración. 6. Revisión: a) actualización, b) modificación. 7. Extinción. 8. Protección penal.

1. Concepto y ámbito de aplicación.

1. La pensión compensatoria se regula, básicamente, en el artículo 113 del Código de Familia (CF) de la República de El Salvador, que dispone que "Si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad su liquidación arrojare saldo negativo, el cónyuge a quien el divorcio produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio, de acuerdo con las pruebas que al efecto se hubieren producido".

Como institución, sigue el modelo italiano del "assegno per divorzo" de la Ley de 1 de diciembre de 1970 y principalmente el francés de "les prestations compensatoires" de los Arts. 270 y siguientes del Código Civil, como también se ajusta al diseño del artículo 97 del Código Civil español tras la reforma operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio. Cumple la función de equilibrar la situación económica de los cónyuges posterior a la interrupción de la convivencia o a la disolución del matrimonio. Es decir, tiene un carácter compensatorio o reparador del descenso que el divorcio ocasiona en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserve el otro y en función del que aquél venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, según su posición económica y social.

Opera como un remedio o recurso corrector de ese

desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata del divorcio, de suerte que para que pueda ser judicialmente otorgada es preciso que se origine un empeoramiento en la situación económica de uno de los cónyuges con respecto a la que hasta entonces venía disfrutando en el matrimonio y que ese empeoramiento sea consecuencia directa del divorcio.

Para la constatación de ese desequilibrio legitimador del derecho a la pensión debe contemplarse la situación particularizada de cada cónyuge antes y después de la ruptura matrimonial (cómo estaban y como quedan), para luego compararlas a fin de verificar si la cesación de la convivencia ha significado un efectivo desequilibrio económico en perjuicio de alguno de ellos. Una vez constatado ello la pensión debe concederse, como respuesta legal al principio de solidaridad ínsito en una institución como el matrimonio, fundada en relaciones afectivas y deberes de asistencia (Art. 36 CF), en cuyo desarrollo ha presidido la confianza y la buena fe recíprocas, aunque después hayan desaparecido, si bien para la determinación de su cuantía habrá que estar a la concurrencia de las circunstancias que, enumerativamente, se señalan en dicho artículo 113 CF, no con el carácter de numerus clausus, sino ad exemplum. Como señala el Tribunal Supremo de España en su Sentencia de 29 de Junio de 1988, se trata de una asignación económica que no tiene la consideración de alimentos, sino mera compensación determinada por el desequilibrio económico.

Por lo tanto, el desequilibrio económico es presupuesto del nacimiento y del derecho a pensión, siendo su finalidad la supresión, o siquiera la minoración, de dicho desequilibrio y constituye la pieza clave de interpretación de esta figura jurídica. Pero la noción de desequilibrio puede tener dos significados distintos de interpretación, conforme a los cuales una misma situación puede o no dar lugar a que nazca este derecho en uno de los cónyuges[1]:

a) Podemos entender como desequilibrio el resultado de comparar los medios económicos con los que cuenta cada cónyuge después del divorcio (rentas, bienes, capital...). Conforme a esta interpretación totalmente objetiva, la apreciación por el Juez del futuro acreedor de la pensión se reduciría a una simple operación contable. Pero esta diferencia de economías ya existía durante el matrimonio, aunque velada por el deber de asistencia mutua del artículo 36 CF, mientras que el artículo 113 CF afirma que se produce como consecuencia del divorcio. Se puede plantear por ello cuál sea el significado de la expresión "desequilibrio" en la norma que disciplina

1. Navarro Fdez.-Rodríguez C., "Comentario a la Scia. Aud. Territorial de Vizcaya de 3 de diciembre de 1985", en Rev. Poder Judicial, nº 2; Madrid, junio 1986).

la pensión compensatoria.

b) También puede afirmarse que se trata del descenso que el divorcio ocasiona en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación al que conserva el otro. La referencia al nivel de vida de cada cónyuge nos aproxima a una idea más subjetiva del desequilibrio, porque su apreciación será el resultado de comparar las necesidades de cada cónyuge en ese instante y los recursos o medios económicos que posee para satisfacerlas. En el cálculo de estas necesidades habrá que tener en cuenta de forma individualizada las de cada uno, que pueden no ser iguales (por ejemplo, uno de ellos se está sometiendo a un tratamiento médico muy costoso), y en el cálculo de los recursos parece justo considerar las circunstancias que enumera el artículo 113 CF (edad, estado de salud, dedicación a la familia, medios económicos...), ya que de su apreciación global se obtienen las posibilidades de cada cónyuge de poder mantenerse a sí mismo y, sobre todo cuando se trata de la pensión compensatoria, de mantener el nivel de vida de que disfrutaba durante el matrimonio. Esta naturaleza se manifiesta en las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (España) de 4 de marzo de 2002 y 28 de octubre de 2003, que vienen a insistir en que "la naturaleza de la pensión compensatoria es reequilibradora, ya que trata de compensar al cónyuge que se ve perjudicado por la separación o el divorcio, manteniendo el principio de solidaridad económica existente durante la situación de convivencia". Como consecuencia de ello se dice que "los términos comparativos que generan el derecho a la pensión son, pues, dos: la situación que gozaba durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendida la situación personal y profesional del beneficiario de la pensión".

En conclusión, se dice en la sentencia citada en último lugar, la situación económica de uno y otro cónyuge a tener en cuenta para fijar el importe de la pensión compensatoria es la existente en el momento de la ruptura, sin que pueda atenderse a circunstancias ulteriores o sobrevenidas, lo que supondría la alteración de la naturaleza de la pensión y colocaría al deudor en una situación de permanente inseguridad jurídica.

De todos modos, la diferencia de medios económicos no es la determinante del posible nacimiento del derecho a pensión, al poder incluso surgir en casos extremos sin este requisito (teniendo los mismos ingresos uno de los cónyuges, por motivos de salud tiene unas necesidades mayores), o, en otros casos, no llegar a nacer a pesar de esta diferencia de medios (uno de los cónyuges no posee ningún ingreso pero se encuentra en situación de excedencia y puede incorporarse al trabajo).

Cabe recordar que en los trabajos de elaboración de la norma equivalente del ordenamiento jurídico español (Art. 97 del Código Civil de España) que precedieron a su inclusión definitiva en el Código ya se desechó su naturaleza «alimenticia» e «indemnizatoria», lo que ha llevado a un sector de la doctrina a otorgar a la pensión un carácter un tanto ambiguo, expresado con el término «compensatoria», y a la jurisprudencia a incorporarlo como calificativo de la pensión en varias de las sentencias en que se concede a uno de los cónyuges[2].

Poco importaría esa calificación si el conjunto normativo que la regula fuera lo suficientemente preciso para obtener uniformidad de interpretación, pero lo cierto es que, por un lado, la redacción de la norma es confusa y, por otro, el término «compensatoria» no encierra un significado claro, ya que lo mismo se puede hablar de «compensar» la carencia de unos recursos que provocan un estado de necesidad, un daño por medio de una indemnización o un desequilibrio de nivel de vida en relación con el de otra persona. En esta situación, parte de la doctrina se esfuerza en elaborar su propia línea de interpretación que le sugiere la naturaleza «compensatoria» de la pensión, reflejándola en el análisis de todos los artículos que la regulan, intentando alejarse de la concepción de deuda alimenticia entre cónyuges, pero teniendo presente los rasgos que encierra esta figura.

En definitiva, el «desequilibrio económico» que es presupuesto del nacimiento del derecho a pensión viene a reflejar la situación de necesidad que le ocasiona a un cónyuge el divorcio. Con este presupuesto, hay quien sugiere que el que dicha situación de necesidad no sea entendida como la carencia de todo medio de subsistencia quizá no sea suficiente para negarle de principio su naturaleza alimenticia.

Desde dicha perspectiva, no es fácil diferenciar pensión compensatoria de pensión de alimentos[3]. Tal vez por ello, buena parte de la doctrina española sigue la línea de considerar que, en caso de separación conyugal (que mantiene el vínculo), la pensión no sólo engloba la deuda de alimentos, sino que es superadora de su cuantía. Sin embargo, es difícil trasladar esta asimilación al Derecho Salvadoreño, cuya disciplina legal del régimen de familia no recoge la figura de la separación, sino solamente el divorcio que da lugar a la disolución del matrimonio, por lo que al dejar los cónyuges de serlo, cesa el deber recíproco de asistencia (Art. 36 CF) y la posibilidad de que surja deuda

2. Navarro Fdez.-Rodríguez C. Obra citada.

3. Se ha dicho, en referencia al Derecho español, que admite la figura de la separación conyugal que mantiene la existencia del vínculo del matrimonio, que en los casos en que el cónyuge beneficiario no cuenta con medios de vida propios, la pensión compensatoria tiene carácter alimenticio en un mínimo y compensador en el resto; si el beneficiario tiene medios propios, sólo tiene ese carácter. (BAYO DELGADO, J. "La pensión de alimentos entre cónyuges separados", Comunicación en el Seminario sobre Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1993.

alimenticia (Arts. 247 al 271 CF).

El artículo 113 CF acota el ámbito de la pensión compensatoria al restringirla a los casos en que el matrimonio se hubiera regido por la separación de bienes o, siendo el régimen económico el de comunidad, su liquidación arrojare saldo negativo. Este presupuesto legal deja fuera de la aplicación de la pensión compensatoria aquellos casos en que el régimen fuera el de participación en las ganancias, así como el de comunidad diferida, si el saldo de la liquidación no fuera negativo.

Creo que es discutible el acierto de esta distinción, que introduce un elemento distorsionador de la verdadera y proclamada naturaleza de la pensión compensatoria como restauradora del equilibrio. Puede darse el desequilibrio o el empeoramiento del nivel de vida de uno de los cónyuges con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial y, desde luego, aunque el saldo resultante de la liquidación no sea negativo. Piénsese en un matrimonio en que, siendo el esposo un profesional o un funcionario o empleado de nivel medio y estando dedicada la esposa a las tareas del hogar, los únicos ingresos proceden del trabajo de aquel y con ellos puede el matrimonio llevar una vida desahogada, aunque sin lujos. Una vez producido el divorcio y la liquidación del régimen económico, pudiera ser que cada uno de ellos recibiera la mitad del activo resultante por no haber saldo negativo; pero, sin embargo y pese a ello, recibiendo cada uno el mismo patrimonio, que no tiene que ser necesariamente abundante, habrá empeorado sensiblemente el nivel de vida de la esposa, a la vez que se habrá mantenido el del esposo, por cuanto este sigue teniendo la misma fuente de ingresos que antes tenía, mientras que la misma en nada aprovecha ya a aquella. Y, sin embargo, la restricción del artículo 113 CF impedirá la concesión de la pensión compensatoria.

2. Diferencia con otras figuras.

Acabamos de ver que los contornos de la pensión compensatoria que puede nacer como consecuencia del divorcio y del desequilibrio económico generado por la nueva situación no siempre aparecen claramente delimitados de los que configuran el concepto de alimentos.

Conviene por ello hacer un intento diferenciador de la pensión compensatoria, no solamente respecto de la obligación alimenticia, sino también de otros deberes prestacionales que, recogidos en la legislación sustantiva y procesal salvadoreña, hacen referencia a los que tienen su fundamento en las relaciones familiares.

a) Alimentos

El deber de alimentos entre cónyuges viene determinado, en primer lugar, por el mismo hecho del matrimonio, que genera entre ellos un vínculo muy estrecho y de naturaleza especial, con acusadas implicaciones personales.

El artículo 36 CF impone a los esposos una recíproca obligación de asistencia que, obviamente, comprende el deber de prestarse alimentos en caso de necesidad.

En similar sentido, el artículo 38 CF dispone que deben sufragar en proporción a sus recursos económicos los gastos de la familia lo que, teniendo en cuenta que el matrimonio es constitutivo de la familia (Art. 2 CF), implica también el deber de ambos cónyuges de cooperación mutua al mantenimiento del otro.

Los artículos 247 al 271 CF disciplinan la prestación alimenticia entre parientes y en sede la regulación de esta institución el artículo 248.1 CF proclama dicha obligación entre cónyuges.

Pues bien, la pensión compensatoria no tiene carácter alimenticio, como ya se ha dicho, sino reparador del desequilibrio. No presupone, como la de alimentos, una situación de necesidad en el acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico.

Tampoco puede ser asimilada a la obligación legal de alimentos que encuentra su base en los preceptos que se acaban de citar, por cuanto requisito y presupuesto de la existencia de la obligación alimenticia entre esposos es la existencia de la relación de conyugalidad, que precisamente se extingue con el divorcio, que produce la disolución del matrimonio (Art. 104 CF). Las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España de 29 junio 1988 y 23 de septiembre de 1996 se refieren a esta distinción, al decir que el divorcio, que supone el no mantenimiento del matrimonio cuya disolución produce, no genera en cuanto a los cónyuges divorciados la obligación alimenticia, sino en todo caso la fijación de la pensión compensatoria, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos.

b) Pensión alimenticia especial

El artículo 107 CF dispone que “Cuando proceda decretarse el divorcio y el cónyuge que no haya participado en los hechos que lo originaron adoleciere de discapacitación o minusvalía que le impida trabajar, o hubiere sido declarado incapaz y no tuviere medios de

subsistencia suficientes, el divorcio se decretará estableciendo el pago de una pensión alimenticia, que se fijará de acuerdo con las posibilidades económicas del obligado y con las necesidades especiales del alimentario; aplicándose en lo demás las reglas generales prescritas para los alimentos". El artículo 108.3.a) CF prevé que dicha pensión se pacte, cuando proceda, en los casos de divorcio de mutuo acuerdo.

Se trata de un supuesto de obligación de alimentos en casos especiales, que poco tiene que ver con la pensión compensatoria, puesto que, a diferencia de ésta, no se atiende en su fijación al empeoramiento del nivel de vida del cónyuge beneficiario, sino estrictamente a su estado de necesidad.

Por una parte, son alimentos especiales pues, a diferencia de los regulados en los artículos 247 y siguientes del Código de Familia, en que se presupone la existencia de relación familiar, se establecen entre quienes ya no mantienen dicha relación, que se ha extinguido por el divorcio.

Por otra, se requiere que el beneficiario "no haya participado en los hechos" que originaron el divorcio. Esta exigencia debe ser puesta en relación con el apartado 3º del artículo 106 CF, referido al divorcio cuya causa es el incumplimiento grave de los deberes conyugales, al que puede ser reconducida cualquier falta, toda vez que, siendo tales deberes de fidelidad, asistencia mutua y trato respetuoso y considerado (Art. 36 CF), es claro que la "mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante" (Art. 106.3 CF) supondrá violación de aquellos deberes. Se exige, en definitiva, que la causa de divorcio no sea imputable a quien aspire a ser beneficiario de la prestación alimenticia especial.

Finalmente, a diferencia de la pensión compensatoria, se reserva para casos especiales y extremos de necesidad del beneficiario, como son la discapacidad, minusvalía o incapacidad laboral.

c) Cuota alimenticia provisional

El artículo 7.k) de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar (LVIF), entre las medidas que arbitra para prevenir, sancionar y erradicar las diferentes formas de violencia en el seno de la familia, establece la posibilidad de establecer una cuota alimenticia provisional, que habrá de ser a favor de la víctima de la violencia.

Nada que tiene que ver la pensión compensatoria con esta institución. Presupuesto de la cuota alimenticia que contempla la LVIF es una situación de violencia en el seno de la familia. Beneficiario de

la misma es el miembro de la institución familiar víctima de la violencia, que ni siquiera tiene que ser necesariamente el cónyuge.

d) Medida cautelar de alimentos

El artículo 124.c de la Ley Procesal de Familia (LPF) contempla la posibilidad de que en los procesos de divorcio contencioso y nulidad de matrimonio, el juez determine a cargo de uno de los cónyuges la cuota alimentaria para el sostenimiento del otro. Se trata de una prestación meramente cautelar y de estricto carácter alimenticio que, por lo tanto, no puede ni debe ser confundida con la pensión compensatoria.

3. Regida por el principio de rogación.

En la medida en que la pensión compensatoria se pide y, en su caso, se otorga en un procedimiento de carácter civil, se ve afectada en el correspondiente trámite por los principios rectores del proceso civil, cuáles son por lo que ahora interesa, los de rogación y congruencia. En base a ellos, su concesión y, desde luego, el examen de su pertinencia por el órgano jurisdiccional, deben ir precedidos de la correspondiente petición de parte.

Cierto es que en el ámbito de los procesos de familia, hay determinadas parcelas en las que el juez puede tomar su decisión de oficio, en atención a la salvaguarda de intereses superiores y al papel tuitivo y protector del Estado al que representa. Así sucede en lo tocante a los hijos menores, que gozan de una muy especial protección por parte del Estado (Arts. 34 y 35 Const.) y respecto de los cuales debe velar porque no les sean perjudiciales los acuerdos a que hayan podido llegar los cónyuges en trance de divorciarse, que son sus progenitores (Arts. 109 y 111 CF). Pero no ocurre lo mismo con la pensión compensatoria, que se establece en beneficio y a título de compensación o reequilibrio de la situación del cónyuge desfavorecido por el divorcio, por lo que es él quien ha de preocuparse de velar por los intereses que le son propios.

En consecuencia, debe concluirse que la concesión de la pensión compensatoria queda sometida al principio de rogación.

Siquiera a título de ejemplo, pues es unánime la jurisprudencia española, conviene citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 dictada en recurso en interés de ley interpuesto por el Fiscal, en la que se dice al respecto que:

a) Desde un punto de vista puramente procesal, puede

afirmarse que el proceso civil tiene como finalidad la actuación del ordenamiento jurídico privado; impera el principio dispositivo, en el que ha de integrarse el de rogación, y la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, su iniciación, no se produce de oficio, sino que aparece entregada al titular del derecho sustantivo, que puede ejercitarlo o no en juicio, siendo libre incluso para renunciarlo o desistir de la acción entablada, delimitando su libérrima voluntad el estricto contenido del proceso, que ha de versar sobre lo por él querido, con los limites por él señalados, de tal manera que la sentencia que ponga fin al procedimiento ni puede dar más, ni cosa distinta a aquella pedida en la demanda, en congruencia también con las pretensiones del demandado, a nada de lo cual se opone que en el proceso matrimonial convivan con este elemento dispositivo otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, ni que la congruencia se produzca sin conformidad rígida y literal con los pedimentos expresados en los "súplicos" de los escritos de las partes, porque cuando no existe petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo y éste tampoco se desprende de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado, lo que ocurre en el aspecto puramente económico afectante a los cónyuges y no a los descendientes menores de edad.

b) Ni en las medidas provisionalísimas anteriores a la demanda de separación o divorcio (Art. 104 del C. Civil español), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (Arts.. 102 y 103 del mismo texto), ni en las medidas definitivas a adoptar por el juez (a que se refiere el Art. 91 CC español), figura la pensión compensatoria; si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el correspondiente precepto (Art. 97 del C. Civil español), como son el desequilibrio en relación con la posición del otro, o el empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente (artículo 142 y siguientes).

c) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos. Se pretende sólo

mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio.

Ni siquiera cabe sostener con fortuna que dicha pensión compensatoria debe entenderse comprendida en las llamadas "cargas del matrimonio". Como se dice en las sentencias de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 y 8 de noviembre de 1995 y las de la Sección Tercera de la misma Audiencia de 26 de octubre y 15 de diciembre de 2000, el concepto de cargas del matrimonio poco tiene que ver con la pensión compensatoria a favor del cónyuge desfavorecido materialmente por la separación. Más parece --y esta es la opinión de la doctrina más autorizada-- que cuando la ley hace mención a las cargas del matrimonio se está refiriendo a las obligaciones patrimoniales asumidas constante matrimonio, tales como créditos hipotecarios o de otro tipo, que graven el haber conyugal como consecuencia de la adquisición del domicilio conyugal u otros bienes, respecto de los cuales se puede acordar que ambos cónyuges o uno solo les haga frente hasta su total cumplimiento, o en todo caso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Y, en todo caso, también a los alimentos a favor de los hijos, cuyo mantenimiento es responsabilidad de ambos progenitores, pero de ningún modo puede entenderse comprendida la pensión compensatoria. En el mismo sentido podemos citar las Sentencias de la AP Pontevedra (secc. 1ª) de 26/2/99 y la de la AP de Segovia de 13 de octubre de 1998.

En el Derecho salvadoreño, ha de tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 3 de la Ley Procesal de Familia que, al enunciar los principios que han de regir su aplicación, dispone que son las partes las que han de plantear los hechos y alegaciones en que fundamenten sus pretensiones y defensas y las pruebas en que las apoyen (apartado f), así como que el juez deberá resolver exclusivamente los puntos propuestos por las partes y los que por disposición legal correspondan (apartado g).

No se opone a la consideración de que la concesión de la pensión compensatoria está sometida a la previa petición de parte el que, con arreglo al artículo 5 del Código de Familia, los derechos reconocidos en el mismo sean irrenunciables. Una cosa es la irrenunciabilidad del derecho y otra muy diferente el que su efectivo ejercicio sea imperativo u obligatorio para el titular del derecho.

En suma, quien pueda llegar a ser beneficiario de la pensión compensatoria no puede válidamente renunciar a su derecho a reclamarla. Pero para obtenerla tendrá que pedir su concesión en el correspondiente proceso judicial.

4. Criterios para su fijación y cuantificación.

Como se ha dicho, la pensión compensatoria cumple la función de equilibrar la situación económica de los cónyuges posterior a la disolución del matrimonio. Es decir, tiene un carácter compensatorio o reparador del descenso que el divorcio ocasiona en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserva el otro, según su posición económica y social, operando como un remedio o recurso corrector de ese desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata del divorcio acordado.

En definitiva, para que pueda ser judicialmente otorgada en el procedimiento de divorcio es preciso que se origine un empeoramiento en la situación económica de uno de los esposos con respecto a la que hasta entonces venía disfrutando en el matrimonio y que ese empeoramiento sea consecuencia directa de la separación o divorcio judicialmente acordados.

A la vez, debe darse un presupuesto de carácter negativo. Dispone el articulo 114 CF que "En los casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuge para con el otro, no habrá derecho al pago de la pensión compensatoria que prescribe el artículo que antecede". Puede afirmarse, por lo tanto que presupuesto básico no es solamente la situación de desequilibrio, sino también que no exista causa de privación de la pensión compensatoria o, dicho de otro modo, que en el procedimiento de divorcio no se haya declarado que la conducta del cónyuge que pretende acceder a la pensión compensatoria fue gravemente dañosa para el otro. Si se hace así por el juez, no habrá derecho a la pensión, aunque el divorcio produzca un empeoramiento en la situación generador de desequilibrio económico.

El artículo 113 CF que la regula contiene dos partes claramente diferenciadas: la primera, que determina el requisito para tener derecho a la pensión compensatoria, centrada en el desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, y una segunda que, a título enunciativo, señala las circunstancias a tener en cuenta para cuantificar dicha pensión, una vez que, cumplida la primera condición, se señale el derecho a ella[4].

Por lo tanto, debe comprobarse, en primer lugar y antes de proceder al examen de los elementos que determinarán su precisión, si el divorcio genera un desequilibrio que de lugar a una desmejora o empeoramiento de uno de los cónyuges respecto de su previa situación en el matrimonio. Además, dicha desmejora ha de ser sensible, esto

4. Lo mismo puede decirse del artículo 97 del Código Civil español que, en primer lugar, sujeta la concesión de la pensión a la producción del desequilibrio y, a continuación, enumera las circunstancias que debe tenerse en cuenta en su cuantificación.

es, relevante, de suerte que no cualquier empeoramiento puede tener relevancia suficiente para que sea procedente el establecimiento de la pensión.

No debe olvidarse que los términos de comparación para valorar la situación de desequilibrio y la procedencia de la pensión son la situación existente en el matrimonio y la nueva tras su disolución y consecuente cese de la vida en común. Más discutible será que deba concederse la pensión, y aun que pueda entrarse en el examen de su procedencia, en un caso en el que el divorcio se acuerde tras varios años de separación de hecho de los cónyuges, en el que será difícil establecer aquella comparación, puesto que nada incidirá el divorcio, que es una situación jurídica nueva, en la realmente existente de separación efectiva, por lo que no será generador de desequilibrio.

Y una vez comprobada la existencia de estos presupuestos, debe pasarse a la fijación de su cuantía, a la luz de las circunstancias que enumera el segundo párrafo del artículo 113 CF: acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges, edad y el estado de salud del acreedor, calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge, el caudal y medios económicos de cada uno y la futura dedicación a la familia.

Pese a ser extensa la enumeración legal de las circunstancias a tener en cuenta, no creemos que se trate de una enumeración exhaustiva, sino meramente enunciativa, por lo que nada impide que, desde la perspectiva de cuál es el sentido y finalidad de la pensión compensatoria, el juez tenga en cuenta cualesquiera otras que en el caso concreto le puedan servir para un mayor acierto en la cuantificación de la obligación.

a. Sin perjuicio de tener en cuenta otros factores distintos a los enumerados por la ley, a lo primero que debe atenderse es a la propia voluntad de los interesados, a los acuerdos a que hayan llegado los cónyuges, que en principio deben ser respetados teniendo en cuenta que, de existir, responderán a la autorregulación de intereses estrictamente privados y en el ámbito del derecho dispositivo, por lo que deben ser mantenidos y aprobados por el juzgador.

b. En segundo lugar, han de ponderarse las posibilidades reales que el cónyuge desfavorecido tiene de remontar la situación de desequilibrio y el empeoramiento de su nivel de vida. A ello responden los criterios referentes a su edad, estado de salud, calificación profesional y expectativa de acceso a un empleo, que son indicativos de la mayor o menor facilidad objetiva de restaurar la situación económica

preexistente. Es una proyección de futuro en la que, teniendo en cuenta una serie de variables, se establece una prospección acerca de la mayor o menor dificultad que el cónyuge desfavorecido encontrará para remontar el empeoramiento que le supone el divorcio, junto con la valoración de la previsible dedicación futura a las atenciones de la familia.

c. En un tercer grupo se apuntan por el legislador una serie de factores que, a diferencia de los anteriores, implican una revisión y a la vez una valoración del comportamiento pasado de quien ha de ser acreedor a la pensión compensatoria. Dice por eso el artículo 113 CF que también han de valorarse la dedicación pasada a la familia, la duración del matrimonio y la convivencia conyugal y la colaboración del beneficiario de la pensión con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge. Se trata de ponderar los méritos que ha justificado el acreedor en el pasado, en la medida en que de su actividad haya podido beneficiarse el que ha de hacer frente al pago de la pensión, en cuanto miembro de la unidad familiar en el que, en tal condición, han redundado las consecuencias positivas de la actuación del otro, como pueden ser la duración de la convivencia, la dedicación a la familia y la contribución al éxito profesional.

d. Por otro lado, es inevitable que el elemento de cierre entre las variables a considerar al fijar la cuantía de la pensión compensatoria lo constituyan el caudal y medios económicos de cada cónyuge. Los del deudor, porque habrán de condicionar la fijación realista de aquella cuantía, ya que de nada servirá una declaración judicial que establezca una pensión exagerada a la que no pueda hacer frente el gravado por ella. Los de la parte acreedora, porque la ponderación de sus medios económicos es también la medida del grado de desequilibrio que le ha generado el divorcio.

e. Finalmente, pueden establecerse las garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación, que pueden ser de muy diversa naturaleza, tales como exigir aval bancario por el importe de las cuotas de un determinado período, etc.

5. Duración.

Nada dice el artículo 113 CF, ni tampoco el Art. 114 CF cuando trata de la privación, acerca de la duración de la pensión compensatoria. Tampoco, si acudimos al derecho comparado, hace referencia a la posible temporalidad de la pensión el artículo 97 del Código Civil español, que regula esta institución.

Ante esta falta de precisión del legislador, hay quien ha entendido que, salvo en los casos en que concurra alguna de las causas

legales de extinción de la pensión compensatoria (párrafos cuarto y quinto del articulo 113 CF y articulo 114 CF), la pensión compensatoria tiene carácter indefinido y, por ello, prácticamente vitalicio, si no cambian las circunstancias.

Sin embargo, no cabe prescindir de las modernas tendencias doctrinales y jurisprudenciales que abogan por la limitación temporal de la pensión compensatoria, evitando el carácter vitalicio de la misma. Se ha dicho que dicha institución sólo puede concebirse como un relativo o parcial remedio al desequilibrio económico derivado del divorcio o separación, como un elemento de atenuación de la pérdida de nivel económico del cónyuge perjudicado, pero no como un mecanismo de perpetuación de la igualdad económica de los esposos.

Tengamos en cuenta que, si bien nada dice la norma acerca de la duración de la pensión compensatoria, tampoco excluye su temporalidad, toda vez que no constituye por antonomasia un derecho absoluto ni vitalicio, sino un derecho relativo, circunstancial y cuya legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad.

En consecuencia, puede afirmarse que los criterios que, con arreglo al repetido articulo 113 CF han de servir para la fijación de la pensión compensatoria pueden servir tanto para su determinación cuantitativa, como para la temporal, en la medida en que el juez puede llevar a cabo una prospección fundada y realista acerca del tiempo previsible en que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el cónyuge desfavorecido por el divorcio podrá corregir el desequilibrio producido a consecuencia de la ruptura del vínculo conyugal. En este sentido, por ejemplo, una corta duración del matrimonio, una adecuada preparación profesional y la relativa juventud del cónyuge que inicialmente sufre el desequilibrio pueden aconsejar la fijación temporal de la compensación. Esta temporalidad podrá servir de estímulo al beneficiario de la pensión para que, consciente de su extinción en el futuro, ponga todo su empeño en la superación del desequilibrio.

6. Revisión.

La cuantía de la pensión compensatoria no es por sí inmutable. Está sujeta a varias causas que pueden incidir en su modificación, una prácticamente automática, en cuanto tiene al mantenimiento de su valor económico, la otra contingente y dependiente de las circunstancias que se produzcan con posterioridad a su fijación.

a) Actualización

El párrafo segundo del artículo 113 CF se refiere expresamente a la actualización de la pensión compensatoria, cuyas bases han de ser establecidas a la vez que se precisa su cuantía. Se trata de determinar los criterios con arreglo a los cuales la pensión compensatoria mantendrá su nivel adquisitivo. De otro modo no serviría para neutralizar el desequilibrio, sino solamente para diferirlo en el tiempo, ya que la habitual pérdida del valor de la moneda traería como consecuencia que al poco tiempo se deteriorase el equilibrio al que tiene la institución y se produjese el real empeoramiento que tiende a evitar.

En el sentido indicado, ajustándonos a lo dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 9 de octubre de 1981 y 11 de octubre de 1982 cuya doctrina, aunque referida a un pleito sobre alimentos, es predicable de la pensión compensatoria, podemos decir que con la actualización se pretende adecuar el importe de lo fijado en la sentencia o convenio al poder adquisitivo de la moneda, de modo que el acreedor reciba mediante las prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha en que fue establecida, pues se trata de una prestación que tiene las notas propias de una deuda de valor, que como tal autoriza las medidas de protección frente a las alteraciones monetarias, ya que en la deuda alimenticia no debe regir el principio nominalista del dinero. Una fórmula adecuada de actualización puede ser la de someter anualmente la cuantía de la pensión compensatoria a la revisión dimanante de las variaciones que experimente (al alza o a la baja, aunque la experiencia muestra que suele ser al alza) del coste de la vida, de acuerdo con los datos que faciliten los organismos o entidades con competencias en la materia (Instituto Nacional de Estadística, Ministerio de Economía, etc.).

b) Modificación

La alteración de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida –de modo análogo a la cláusula “rebus sic stantibus”– puede determinar su modificación.

Por la misma razón por la que el párrafo penúltimo del artículo 113 CF prevé la supresión de la pensión compensatoria si se extingue la causa que la motivó, deberá concluirse que una modificación sustancial de dicha causa puede fundar la disminución de la cuantía de aquella.

Si fue el empeoramiento del nivel de vida generador del desequilibrio económico tras el divorcio elemento determinante de la concesión de la pensión, parece lógico que una sustancial mejora

de fortuna del beneficiario de la pensión que ponga fin a dicha situación de desequilibrio o, al menos, atenúe la misma, habrá de ser causa suficiente para su supresión o, siquiera, para su aminoración.

Por ello, el artículo 112 CF dispone que tanto los acuerdos de los cónyuges como la resolución judicial pueden ser "modificados judicialmente" si las circunstancias que fundamentaron el fallo hubieren cambiado sustancialmente[5].

Desde otra perspectiva, si el caudal y los medios económicos del deudor de la pensión han de ser tenidos en cuenta en la cuantificación de la misma, la notable disminución de dicha capacidad económica deberá ser motivo suficiente para la disminución de la misma.

En todo caso, no debe olvidarse que no cualquier modificación es suficiente para la alteración de la cuantía de la pensión. Habrá de producirse una sustancial alteración de las circunstancias existentes al tiempo de adoptarse la decisión judicial que se pretende someter a revisión. Esto es, se exige que la situación existente al fijarse la medida y anterior al correspondiente acuerdo judicial, con posterioridad al mismo haya sufrido tales cambios –que no basta que sean de cualquier entidad, sino que deben ser sustanciales- que razones de justicia impongan la modificación de la cuantía de la pensión, adecuando su contenido a las alteraciones devenidas con posterioridad, que habrán de ser los hechos constitutivos y en que fundamente su pretensión quien solicite el cambio.

Ha de tenerse en cuenta que esta revisión por alteración sustancial de las circunstancias solamente podrá dar lugar a la disminución o a la supresión de la pensión compensatoria, pero no a su incremento. La razón de ello es que la pensión, en la cuantía en que se fija, constituye la medida o dimensión de desigualdad o desequilibrio que resulta de la ruptura del matrimonio. Si posteriormente la desigualdad se incrementa, eso ya no será consecuencia de esta ruptura del matrimonio, sino de la evolución posterior de la vida de los cónyuges.

7. Supresión.

La pensión compensatoria puede extinguirse por varios motivos, todos ellos enumerados en los últimos párrafos del artículo 113 CF[6].

5. En puridad, no se trata tanto de la modificación de una resolución judicial, como de una nueva que, a la vista del cambio de circunstancias, adopta otra decisión, diferente de la anterior.

6. Dicen los dos últimos párrafos del Art. 113 CF que "El derecho a esta pensión se extingue por cesar la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, por haber cometido injuria grave contra el deudor, o por la muerte del acreedor o del deudor.-La pensión se extingue cuando el alimentante: entregue bienes, constituya el derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados

Este precepto recoge varias causas de la que denomina extinción de la pensión compensatoria, cuya naturaleza es muy diferente. Así, se consideran motivos de supresión de la pensión tanto el que es más bien una forma de sustitución de la prestación, como el que se basa en el reproche que merece el beneficiario, la estricta desaparición de la causa que motivó su establecimiento y la desaparición física de alguno de los sujetos, sea el acreedor, sea el deudor.

a) Sustitución. El párrafo último del Art. 113 CF dice que la pensión "se extingue cuando el alimentante: entregue bienes, constituya el derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados bienes, o entregue una suma total de dinero en efectivo al alimentario, si así lo acordaren los interesados o lo decidiere el juez a petición justificada del deudor".

Más que un caso estricto de supresión o extinción de la pensión, se trata de un supuesto de sustitución de la prestación, que pasa de estar constituida por una prestación periódica, a serlo por la constitución de un derecho real ó la entrega de una cantidad al beneficiario de la misma. O, más propiamente, una sustitución de una obligación (pensión compensatoria) por otra (entrega de bienes, dinero, etc.) por acuerdo de los cónyuges o decisión judicial, seguida de la extinción de la obligación por pago (Art. 1438.1 CC). Esta modalidad de extinción supone un régimen especial que se aparta del general del Código Civil, pues con arreglo al párrafo segundo del Art. 1440 CC el acreedor no puede ser obligado a recibir cosa distinta de la comprometida. Mientras que el artículo 113 CF posibilita que el acreedor se vea forzado a aceptar en pago una prestación distinta de la que era inicialmente objeto de la obligación.

La pensión ya no existirá como tal, pero será porque el obligado, mediante acuerdo con el acreedor o previa decisión judicial, ha realizado una prestación distinta que, lógicamente, se considera de similar valor económico a la pensión.

b) Desaparición de la causa. La desaparición de la causa que motivó la concesión de la pensión compensatoria puede deberse tanto a que desaparezca el desequilibrio económico, como al nuevo matrimonio o a la convivencia marital con otra persona.

En el primer caso, la mejora de la situación económica del acreedor a la pensión da lugar a que desaparezca el desequilibrio y con ello el fundamento de su concesión.

En el segundo, tanto el matrimonio, como la situación de

---

bienes, o entregue una suma total de dinero en efectivo al alimentario, si así lo acordaren los interesados o lo decidiere el juez a petición justificada del deudor."

hecho asimilada constituida por la convivencia marital con otra persona, dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria, por cuanto la nueva situación hace cesar la razón de que el anterior cónyuge asuma las consecuencias del desequilibrio económico generado por el divorcio.

En relación con la convivencia marital como causa de supresión de la pensión, ha de tenerse en cuenta que no cualquier relación sentimental o afectiva es suficiente para constituir dicha causa, pues la convivencia marital exigida legalmente para ello hace inevitable referencia a los caracteres de habitualidad, estabilidad y permanencia. No basta una relación afectiva de breve duración y prácticamente fugaz que no tenga las características de estabilidad y permanencia propias de la convivencia marital o al modo matrimonial que el citado precepto exige para la extinción de la pensión compensatoria. De todos modos, también ha de observarse que la convivencia marital no sólo se produce cuando es permanente, sino también cuando existe habitualidad.

c) Desaparición de sujetos. La muerte del obligado ó la del beneficiario a la prestación producen también la extinción de una obligación concebida con un acusado carácter personalista.

En esta modalidad de extinción se viene a configurar la prestación compensatoria como una obligación de carácter personalísimo que, pese a ser de contenido patrimonial, desaparece con la muerte del deudor y no se transmite a los herederos a título universal (Art. 952 CC)[7].

d) Reproche al beneficiario. La supresión de la obligación generada por el reproche a que se hace merecedor el acreedor de la pensión se produce cuando haya injuriado gravemente al deudor, en cuyo caso, pese a existir el desequilibrio, queda liberado el agraviado.

Es una causa pareja o similar a la de privación del derecho del artículo 114 CF cuando quien pudiera tener derecho a ellos haya sido declarado responsable de una conducta gravemente dañosa para con el otro cónyuge. Mientras en este caso no llega a nacer el derecho, en el que ahora examinamos se extingue por la conducta censurable del beneficiario.

e) Prescripción. Aunque la prescripción no implica propiamente la extinción del derecho, sino la inviabilidad de su reclamación en vía judicial (aunque sometida a su invocación por el demandado), en la práctica son semejantes sus consecuencias.

Nada dice la disciplina legal de la pensión compensatoria

7. El régimen de la legislación española es diferente en este punto. Dispone el artículo 101 CC español que la muerte del deudor no extingue la obligación compensatoria, aunque pueden los herederos pedir las supresión o la reducción si no hay suficiente caudal hereditario o el pago de la pensión afecta a su legítima.

acerca de la prescripción. Sin embargo, y aun admitiendo que su naturaleza no es alimenticia en sentido estricto, no requiere gran esfuerzo, ni resulta forzado aplicar por analogía (Art. 9 CF) el plazo prescriptivo de dos años del artículo 261 CF a las cuotas atrasadas. A la misma solución podría llegarse mediante la aplicación (también analógica) del inciso último del Art. 2261 CC, que fija en dos años la prescripción de la acción para reclamar el importe de servicios que se prestan periódicamente.

8. Protección penal.

El artículo 201 del Código Penal (CP) tipifica entre los delitos contra los derechos y deberes familiares la actuación de "Toda persona sujeta al pago de la obligación alimenticia en virtud de sentencia definitiva ejecutoriada, resolución de la Procuraduría General de la República, convenio celebrado ante ésta o fuera de ella, que deliberadamente la incumpliera" imponiendo la pena de veinticuatro a cuarenta y ocho fines de semana de arresto, que se agrava en los casos de acciones de ocultación de bienes con la finalidad de incumplir la obligación.

El que la actual redacción tenga su origen en la reforma llevada a cabo por el D.L. N° 210, del 25 de noviembre del 2003 (publicado en el D. O. N° 4, tomo 362, del 8 de enero de 2004), mientras que en la anterior se castigaba al "padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o persona desvalida" induce a pensar que comete el delito, ya no solo el que incumple sus obligaciones con el hijo o sometido a tutela, sino también el cónyuge obligado a la pensión compensatoria que no cumple con lo acordado. Pese a que, como hemos visto, su naturaleza no es estrictamente alimenticia, no debe pasarse por alto que tiende a evitar el perjuicio económico que a uno de los cónyuges le haya supuesto el divorcio.

Debe, sin embargo, admitirse lo polémico de esta cuestión. Si se sostiene que la pensión compensatoria no tiene naturaleza propiamente alimenticia, podrá argumentarse en contra que la subsunción de su impago en el artículo 201 CP, que se refiere al impago de pensiones alimenticias, supone una interpretación extensiva del Derecho Penal y por ello vulneradora del principio de tipicidad penal.

No obstante, sería más viable la posibilidad de subsumir en el Art. 201 CP el impago de pensiones compensatorias en aquellos casos, que deberían ser objeto de un examen particularizado, en que dicha pensión desempeñase una función básicamente alimenticia o de subsistencia, como suele acontecer cuando la parte beneficiaria es persona de escasos recursos.

Mediante este recurso al Derecho penal se pretende proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes de asistencia por el obligado a prestarlos, para cubrir adecuadamente a quienes padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase[8].

Se ha cuestionado en relación con tipos delictivos de esta clase si no pudieran suponer una forma encubierta de restaurar la prisión por deudas, expresamente prohibida por el artículo 27 de la Constitución de El Salvador. En relación con ello, señala la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de julio de 1999 que la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual». Pero ha de tenerse en cuenta que el precepto penal no castiga a quien "no puede", sino a quien no cumple con la obligación.

El de impago de prestaciones se configura como un delito puro de omisión cuyo tipo objetivo integra los siguientes elementos: A) Existencia de una resolución judicial firme, que establezca una prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio. El tipo penal no exige una situación de necesidad en el sujeto acreedor a la prestación, dando cabida tanto a las pensiones de alimentos como a las meramente indemnizatorias, de la misma manera que el bien jurídico protegido no se limita a la seguridad personal de los miembros económicamente más débiles de la familia, a diferencia de los restantes tipos de abandono sino que incluye el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones judiciales y el respeto al principio de autoridad, en consonancia con el delito de desobediencia. B) Una conducta omisiva consistente en el impago de dicha prestación económica. No ofrece duda que nos encontramos ante un delito de mera actividad y no de resultado, que se consuma por el simple incumplimiento de la obligación, sin exigir que se produzca una efectiva situación de falta de los medios necesarios para el sustento del beneficiario de la prestación como consecuencia de la conducta típica, o la lesión o puesta en peligro real de la seguridad de la víctima, y C) La intencionalidad del sujeto de incumplir la obligación asumida, en este caso voluntariamente a través del convenio regulador, a pesar de poder hacerlo.

Ciertamente que como tiene dicho la reiterada jurisprudencia

8. En estos términos se expresaba el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de Junio, que introdujo en el CP español el tipo delictivo semejante, recogido inicialmente en el Art. 487 bis y hoy en día en el Art. 227 del CP de 1995.

del Tribunal Supremo español (entre otras, la STS 4 abril 1990), las consecuencias inherentes al principio de intervención mínima, así como la interpretación de las normas legales de conformidad con la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas, y la existencia de unos cauces adecuados para que los interesados puedan resolver los problemas derivados de las situaciones de crisis matrimonial imponen, como lógica consecuencia, una aplicación restrictiva o estricta de las normas penales correspondientes.

La garantía del respeto a los principios mencionados se consigue exigiendo para la existencia del delito no sólo el hecho objetivo de la existencia de la resolución judicial que contenga la obligación de pago de las prestaciones económicas y la constatación del efectivo incumplimiento de las mismas, sino también, aunque el precepto penal no lo recoge expresamente, un elemento subjetivo consistente en una voluntad dolosa o ánimo específico dirigido a incumplir esos deberes asistenciales mínimos impuestos en resolución judicial o convenio libremente consentido, lo que exigirá haya de constatarse en la causa no solamente el hecho objetivo de impago de las prestaciones económicas, sino especialmente que ello se debió a causa imputable –dolo o culpa–, al obligado a prestarlos, aun cuando ésta pudiera presumirse en atención a la concreta situación económica por éste disfrutada.

El articulo 206 CP dispone que quedará exento de la pena de prisión, y por una sola vez el que pague los alimentos debidos[9]. Se trata de una excusa absolutoria cuya finalidad es estimular el cumplimiento de la obligación, aunque sea tardíamente, evitando por esta vía el recurso a la sanción penal, que es un recurso extremo.

9. En la legislación española no existe un precepto similar. El pago de las prestaciones debidas cuando mediante el impago ya se ha cometido el delito puede dar lugar, con arreglo a los criterios jurisprudenciales mayoritarios, a la inevitable minoración de las responsabilidades civiles, pero no a la exención de responsabilidad penal.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA (ESPAÑOLA)

En la siguiente selección jurisprudencial casi todas las sentencias son de Audiencias Provinciales (Tribunales de apelación, lo que equivale a Cámaras de Segunda Instancia) y solamente una es del Tribunal Supremo.

La razón de ello es que, por razones estrictamente procesales, son muy escasos los litigios matrimoniales sobre la materia que pueden acceder al recurso de casación. Por lo tanto, los criterios judiciales, en ocasiones divergentes entre unos y otros tribunales, se contienen en las resoluciones dictadas en la segunda instancia.

Pese a esta limitación innegable, la muestra de sentencias que se acompaña a continuación permite formarse una idea cabal sobre cuáles son los criterios dominantes en los tribunales españoles acerca de la materia de que se trata, cuya disciplina positiva es notablemente similar a la contenida en el Código de Familia Salvadoreño.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 742/1996 (Sala de lo Civil), de 23 septiembre

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

En la sentencia que sigue, el Tribunal Supremo establece la diferencia entre alimentos y pensión compensatoria cuya naturaleza, según dice, es la de mera compensación económica.

Don José C. F. formuló demanda de menor cuantía contra su exesposa doña Pilar M. P. sobre extinción de pensión alimenticia.

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Santander dictó sentencia, el 13-12-1991, estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y desestimando la demanda sin entrar en el fondo del asunto.

El actor apeló y la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santander, en Sentencia 18-11-1992, estimó el recurso y la demanda declarando extinguida la pensión establecida en juicio de alimentos entre la demandada y actor, subsistiendo únicamente la pensión compensatoria y la de alimentos para el hijo menor establecida en la sentencia de divorcio.

Doña Pilar M. P. interpuso recurso de casación.

El TS declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos, formulado por la recurrente, con apoyo en el artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción de la jurisprudencia de esta Sala acerca de litisconsorcio pasivo necesario, y al considerar que en el juicio declarativo del que este recurso trae causa, sobre extinción de la pensión alimenticia fijada en sentencia dictada en proceso de alimentos definitivos con fecha 27 octubre 1984, confirmada en apelación con fecha 1 junio 1987, debieron ser demandados no sólo la excónyuge del recurrido, sino también los hijos del matrimonio disuelto, mayores de edad, dado que la pensión se extendía satisfacer también los alimentos de los hijos, entre los que figuran algunos que no han concluido sus estudios. Mas es lo cierto que la sentencia que se invoca, como cobertura de la pensión, responde a un «estado de cosas», diferente del que le motivó ya que con posterioridad recayó, entre las partes sentencia firme de divorcio en la que se estatuyó asimismo, según corresponde por Ley, sobre la cuantía de la pensión compensatoria asignada a la recurrente y sobre la cuantía de la pensión alimenticia señalada al hijo, todavía menor. Como razona la sentencia impugnada, la Sentencia de 1984 sobre alimentos definitivos se basó en el hecho jurídico de la existencia del vínculo matrimonial (así se deriva con absoluta claridad del artículo 143 del Código Civil e indirectamente del artículo 149 del Código Civil). Producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos, por esta causa, y la sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el Derecho matrimonial y la sentencia de divorcio que a su amparo se dicta. La Sentencia de esta Sala de 29 junio 1988 (RJ 1988\5138) había establecido, en efecto, que el divorcio, al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto, según claramente manifiesta el artículo 85 del Código Civil, no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 del Código Civil, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos, a lo que no obsta la referencia a los alimentos que se hace en el artículo 90 del Código Civil, pues tal mención hay que entenderla con limitación a quienes, «producida la extinción del vínculo matrimonial, siguen teniendo derecho a ellos, como concretamente sucede con relación a los hijos, dado que aquella

radical ruptura del vínculo matrimonial en manera alguna hace perder la relación de filiación». Y en cuanto a los alimentos de los hijos, como ya se indicó, la referida sentencia de divorcio establece la pensión que debe satisfacer el padre al hijo menor (en la actualidad con edad de 25 años). La sentencia que se ha dictado, en estas actuaciones, en ningún caso, afecta a estos pronunciamientos de la sentencia de divorcio, ni, por supuesto, a los eventuales derechos de alimentos que tuvieran los hijos mayores de edad o emancipados. Únicamente declara la extinción de la pensión anterior establecida subsistente el matrimonio. No puede argüirse, en definitiva, acerca de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en atención a que la pensión subsistente contempla la situación del hijo entonces menor de edad y nada disponía sobre los mayores de edad, que, en principio, dejan de devengar la pensión al cumplir la mayoría de edad, lo que no es óbice, si alguno se encontrara en el caso previsto, en el párrafo 2.º del artículo 93 del Código Civil para que reclame lo procedente. Por todo ello, se desestima el motivo.

SEGUNDO.- Igual suerte desestimatoria corre el segundo de los motivos que alega (con apoyo en idéntico ordinal que el anterior) la excepción de cosa juzgada, esto es, la violación del artículo 1252 del Código Civil. Empero tal argumento, a la vista de lo ya razonado carece de cualquier base sólida, ya que lo que se pide en las actuaciones causales es la declaración de la extinción de una pensión alimenticia por causas sobrevenidas y, por ello, mutantes o transformadoras de la situación precedente, por cuanto que el vínculo matrimonial queda roto en virtud de la sentencia de divorcio y los hijos, todos menores de edad al tiempo de la primitiva demanda, son todos mayores de edad al presente, de manera que mal puede sostenerse que entre el caso resuelto por la sentencia que invoca la recurrente y la sentencia posterior, dictada, una vez que se acordó y resolvió sobre el divorcio, concurre la «más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron».

TERCERO.- El rechazo de los motivos conlleva la declaración de no haber lugar al recurso, y la condena en costas a la parte recurrente por imperativo legal (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sentencia Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), núm. 59/2001, de 9 febrero de 2001

Recurso de Apelación núm. 97/2000.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos

La siguiente sentencia se ocupa de la cuestión referente a la posibilidad de que la pensión compensatoria se establezca con una limitación en el tiempo. A este respecto, opina el Tribunal que ello es posible en la sentencia de divorcio, aunque no se precisara un límite de tal naturaleza en la de separación.

En cuanto a dicha temporalidad, se resuelve en sentido afirmativo, teniendo en cuenta la duración del matrimonio y el tiempo durante el que se ha venido percibiendo con anterioridad. Pero se rechaza la pretensión de supresión inmediata, porque se constata el efectivo empeoramiento respecto de la situación anterior en el matrimonio aun desempeñando trabajo remunerado.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se resumen en su primer fundamento de derecho.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón declara no haber lugar a los recursos de apelación interpuestos por las partes, confirmando la Sentencia de fecha 18-2-2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castellón, en autos de juicio de divorcio.

En la Ciudad de Castellón, a nueve de febrero de dos mil uno.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día dieciocho de febrero de dos mil por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. Uno de los de Castellón en los autos de juicio de divorcio seguidos en dicho Juzgado con el número 166/1998.

Han sido partes en el recurso, como apelante la demandada doña Victoria F. S., representada por la Procuradora señora G. C. y defendida por el Letrado don Eduardo Wenley P. C., siendo apelado adherido a la apelación el actor don Federico M. H., representado por el Procurador señor O. R. y defendido por el Letrado don José Antonio F. S.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. José Manuel Marco Cos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada literalmente dice: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por Federico M. H. y

estimando parcialmente la reconvención formulada por María Victoria F. S. debo declarar y declaro resuelto por divorcio el matrimonio contraído entre los litigantes en Castellón el 6 de julio de 1985. Se mantiene la pensión compensatoria fijada por la sentencia de separación a favor de la señora F. y a cargo del señor M., el derecho a la pensión compensatoria tendrá una vigencia de temporal de tres años a contar desde la presente sentencia; firme que sea esta resolución... Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Notifíquese... Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo».

SEGUNDO.- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de doña María Victoria F. S. se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra la misma, y una vez admitido a trámite se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento, compareciendo ambas partes.

Repartido el recurso a esta Sección Tercera, se formó el presente rollo y, tras adherirse al recurso don Federico M. H. al evacuar el trámite de instrucción, previos los demás trámites, fue señalada la celebración de la vista del recurso para el día 5 de febrero de 2001, a cuyo acto comparecieron las representaciones procesales y las defensas de las partes.

En su informe, la defensa de doña María Victoria F. S. pidió la parcial revocación de la Sentencia apelada por otra que declare que la pensión compensatoria es sin limitación en el tiempo, mientras que la de don Federico M. H. pidió la supresión de la pensión compensatoria.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia impugnada.

PRIMERO.- Ambos litigantes exteriorizan, mediante el recurso principal doña María Victoria y en virtud del adhesivo don Federico, su desacuerdo con la sentencia dictada en la instancia, pues mientras sostiene la primera que debe eliminarse el pronunciamiento judicial que limita temporalmente la obligación impuesta al segundo de abono de la pensión compensatoria, es pretensión de éste verse liberado de dicha obligación.

La radical contraposición de ambas pretensiones permite la resolución conjunta del recurso principal y del adhesivo ya que, en

definitiva, lo que se pide a este Tribunal es que se pronuncie acerca de si la pensión compensatoria establecida en la instancia a cargo de don Federico por tiempo de tres años desde la fecha de la resolución impugnada ha de mantenerse sin dicho límite temporal o, por el contrario, debe suprimirse.

SEGUNDO.- No se discute por los litigantes, además de estar suficientemente acreditado en los autos que, tras contraer matrimonio el día 6 de julio de 1985 (folio 16) y, pues estaban casados en el régimen económico de gananciales, otorgar escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal el día 7 de diciembre de 1991 (folios 73 al 84), el día 28 de julio de 1993 el mismo Juzgado que ahora es el de procedencia dictó sentencia acordando la separación conyugal de don Federico y doña María Victoria (folios 17 al 23) que, en lo que ahora interesa, fue revocada en parte por la dictada por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial el día 26 de septiembre de 1996 (folios 23 al 32), que elevó hasta 550.000 ptas. mensuales la cuantía de la pensión compensatoria a cargo del esposo y en beneficio de doña María Victoria y, al igual que la resolución que en parte revocaba, no establecía límite o duración temporal a dicha carga.

Ha sido la sentencia de 18 de febrero de 2000 que ahora se recurre la que, manteniendo el importe de la pensión compensatoria fijado en la sentencia de separación, determina que la misma tendrá una vigencia temporal de tres años desde la fecha de dicha resolución. Y es contra esta limitación temporal contra la que se alza doña Mª Victoria, renunciando a su inicial pretensión de que la pensión fuera elevada hasta la suma de 1.500.000 ptas. mensuales.

Sostiene la apelante principal que, una vez que en la sentencia de separación se estableció la pensión compensatoria sin establecer un término a su vigencia, la de divorcio que ahora se impugna sólo debió pronunciarse acerca de la disolución del vínculo conyugal –como hizo–, pero no debió, porque no podía, introducir un límite en el tiempo que la sentencia de separación no estableció, toda vez que, según dice la defensa de aquélla, sólo por las causas tasadas en los artículos 100 y 101 CC puede alterarse la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación.

Varios son los motivos por los que, en opinión de la Sala, carece de razón doña María Victoria. En primer lugar, no es el artículo 101 CC el que puede invocarse en el supuesto de autos, toda vez que el mismo se refiere a la extinción de la pensión, que no es el caso, en que únicamente se ha establecido la duración de la misma. En cuanto al artículo 100 CC, que dispone que la pensión, una vez fijada en la sentencia de separación o divorcio, sólo puede ser modificada si se

producen alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, no debería invocarlo la misma parte que en la instancia prescindió de su contenido para solicitar un sustancial incremento de la cuantía de dicha pensión, si bien se ha aquietado al pronunciamiento de primer grado que rechazó esta petición.

Pero es que, sin perjuicio de lo dicho, el artículo 97 y el artículo 100 del Código Civil prevén que sea tanto en la sentencia de separación, como en la de divorcio donde se establezca la pensión compensatoria. Téngase además en cuenta que las consecuencias de la sentencia de divorcio son cualitativamente diferentes de las que acarrea la de separación, pues mientras ésta no destruye el vínculo matrimonial, sí lo hace la primera de suerte que, desapareciendo la relación de parentesco entre los litigantes, dejan ambos de estar obligados a prestarse alimentos, pues ya no son cónyuges (Art. 143.1 CC), lo que no deja de tener importancia toda vez que, como es sabido, pensión compensatoria y obligación alimenticia tienen diferente naturaleza (STS de 29 de junio de 1988 [RJ 1988\5138]).

Por otra parte, el que en la sentencia de separación se adoptara por el órgano judicial una decisión en relación con la pensión compensatoria, no es óbice a que se haga de nuevo en la resolución que decreta el divorcio, pues así viene expresamente previsto en los preceptos antes citados. Se dice a favor de que el momento que debe servir de objeto de comparación en orden a determinar la procedencia, cuantía y duración de la pensión compensatoria ha de ser el de divorcio, no el de la separación, que al ser el divorcio de carácter vincular (Art. 85 CC), se extingue el vínculo entre los cónyuges y cesa la obligación alimenticia, a lo que se añade que en el ínterin, disuelta la sociedad conyugal por divorcio, se habrá producido la liquidación y atribución a los cónyuges del activo de la misma, así como que podrá haberse verificado la aptitud del cónyuge que pudiera considerarse desfavorecido para hacerse con una fuente de ingresos propia con que subvenir a sus necesidades. Se trata de argumentos que, aun no siendo plenamente aplicables al caso de autos, puesto que la esposa ya venía disponiendo de fuente propia de ingresos procedentes de su trabajo y, como antes se ha dicho, la liquidación de la sociedad conyugal tuvo lugar con anterioridad a la separación, abundan en la idea de que nada obsta a que sea en la sentencia de divorcio donde se determine con carácter definitivo el alcance cuantitativo y temporal de la pensión compensatoria. Y no parece que discrepara en su día la apelante principal de esta posibilidad, a la vista de que al contestar a la demanda reconvino para conseguir el aumento de la pensión establecida a su favor desde 550.000 ptas. a las 1.500.000 ptas. mensuales que entonces pidió, aunque vistió esta pretensión de una alegada alteración sustancial de la fortuna del obligado que, siendo en todo caso posterior al cese de la vida en

común, tenía un muy discutible apoyo.

TERCERO.- Así centrado el debate, debemos partir de que, puesto que no fue negado por la defensa de don Federico, amen de constar acreditado en autos, la posición económica de éste es notablemente superior a la de doña María Victoria, como ya lo era al contraer matrimonio y lo siguió siendo en el tiempo precedente a dictarse la sentencia de divorcio que ahora se recurre. Así es porque, mientras aquél disfruta de pingües ingresos procedentes de su participación accionarial y de su actividad directiva de varias sociedades mercantiles, ésta desempeña un trabajo remunerado como Auxiliar administrativa en Bancaja. Con esta base, resulta evidente el derecho de la apelante principal a la percepción de una pensión compensatoria, pues como consecuencia de la extinción del vínculo conyugal se ha producido respecto de la misma el empeoramiento de la situación anterior en el matrimonio que como base del derecho a dicha percepción establece en su inicio el artículo 97 CC.

Como venimos diciendo y se sigue del contenido del artículo 97 del Código Civil (SS. de esta Sala núm. 77 de 29-12-1998, núm. 17 de 25-1-1999, núm. 154 de 4-5-1999, núm. 610 de 26-10-2000, núm. 681 de 22-11-2000), la pensión compensatoria cumple la función de equilibrar la situación económica de los cónyuges posterior a la interrupción de la convivencia o a la disolución del matrimonio, es decir, tiene un carácter compensatorio o reparador del descenso que la separación o, en su caso, el divorcio, ocasiona en el nivel de vida de uno de los esposos en relación con el que conserva el otro y en función del que aquél venía disfrutando anteriormente en el matrimonio, según su posición económica y social, operando como un remedio o recurso corrector de ese desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o divorcio acordados, de suerte que para que la referida pensión pueda ser judicialmente otorgada en procedimiento de separación o divorcio es preciso que se origine un empeoramiento en la situación económica de uno de los esposos con respecto a la que hasta entonces venía disfrutando en el matrimonio y que ese empeoramiento sea consecuencia directa de la separación o divorcio judicialmente acordados. Como resaltaba la Sección Primera de esta Audiencia en su Sentencia de 25-9-1996 (siendo Ponente el que lo es de la presente), el artículo 97 CC contiene dos partes claramente diferenciadas: la primera, que determina el requisito para tener derecho a la pensión compensatoria, centrado en dicho desequilibrio, y una segunda que, a título enunciativo, señala las circunstancias a tener en cuenta para cuantificar dicha pensión, una vez que, cumplida la primera condición, se señala el derecho a ella.

En el caso de autos, indiscutido el desequilibrio económico,

ha de procederse a la ponderación de los criterios o circunstancias que, según el mismo artículo 97 CC, han de ser tenidos en cuenta en orden a la que el mismo precepto, al emplear la expresión «fijará», denomina fijación de la pensión. Y cuando se habla de fijación no ha de excluirse, porque la Ley no lo hace, el aspecto temporal o de duración de la aportación de continua referencia. Ya en su sentencia núm. 339 de 12-12-1995 (de la que fue Ponente el que lo es de ésta), decía esta Audiencia Provincial a través de su Sección Primera que es conforme con las modernas tendencias doctrinales y jurisprudenciales que abogan por la limitación temporal de la pensión compensatoria, evitando el carácter vitalicio de la misma. Tengamos en cuenta que, si bien nada dice el artículo 97 del Código acerca de la duración de la pensión compensatoria, tampoco excluye su temporalidad, toda vez que no constituye por antonomasia un derecho absoluto ni vitalicio, sino un derecho relativo, circunstancial y, sobre todo, un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad.

En consecuencia, los criterios que, con arreglo al repetido artículo 97 CC han de servir para la fijación de la pensión compensatoria pueden servir tanto para su determinación cuantitativa, como para la temporal. Siguiendo con las directrices que dicho precepto marca y por el mismo orden, acuerdos entre los cónyuges no hay (1ª). En cuanto a la edad y estado de salud (2ª), doña María Victoria nació en el año 1961 (folio 16), por lo que es todavía joven de acuerdo con las actuales expectativas de vida y aptitud laboral, sin que conste que se encuentre aquejada de alguna dolencia o enfermedad que deteriore su salud. Por lo que respecta a la cualificación profesional y posibilidades de acceso a un empleo (3ª), está acreditado y aceptado por las partes que ya disfruta de uno en Bancaja que le ha reportado ingresos íntegros de 3.532.452 ptas. en 1994, 3.716.929 ptas. en 1995, 3.878.653 ptas. en el año 1996 y 4.092.962 ptas. en 1997 (folios 219 y ss.). En cuanto a la dedicación pasada y futura a la familia (4ª), deberemos presumir que la pasada fue la propia de su estado matrimonial, con la limitación derivada del desempeño de un trabajo remunerado fuera del hogar, y nula habrá de ser la futura, pues no hay hijos del matrimonio y la ruptura matrimonial termina con cualquier vínculo que pudiera existir entre los litigantes. No existe acreditación alguna de que con su trabajo haya colaborado en las actividades mercantiles, industriales o profesionales de don Federico (5ª). La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (6ª) ha sido, como mucho, la que media entre el 6 de julio de 1985, día de las nupcias (folio 16), y el día 28 de julio de 1993 en que se dictó la sentencia de separación (folios 17 al 23). Ni por el matrimonio ni por la rotura del vínculo pierde doña María

Victoria derecho alguno a pensión (7ª) y, finalmente, por lo que hace al caudal y medios económicos de los cónyuges, ya queda dicho que holgados son los de don Federico, lo que no niega su defensa, mientras que doña María Victoria dispone de las rentas del trabajo, ya aludidas, que le proporciona su empleo en Bancaja, sin que deba prescindirse de que como consecuencia de la liquidación de gananciales, percibió bienes por importe de más de treinta y cinco millones de pesetas (35.499.539 ptas. según consta en la correspondiente escritura, folios 73 al 84).

Si a lo dicho añadimos que ya viene doña María Victoria percibiendo pensión compensatoria desde que como consecuencia de la separación conyugal se fijó a su favor una de 200.000 ptas. mensuales por la sentencia dictada en la instancia el día 28 de julio de 1993, elevada a 550.000 ptas. por la de apelación de 26 de septiembre de 1996, en ambos casos adecuables anualmente a las variaciones del coste de la vida, en relación con la decisión ahora impugnada que, al fijar la duración de dicha pensión en tres años desde su fecha, la extiende hasta mediados de febrero del año 2003, resulta que, como consecuencia de un matrimonio cuya armonía duró a lo sumo ocho años (entre la boda del 6-7-1985 y la sentencia de separación del 28-7-1993), aquella, que cuando se separó tenía treinta y un años y treinta y ocho años al dictarse la sentencia apelada, sin problemas de salud ni carencias económicas, habrá percibido una pensión compensatoria de no desdeñable cuantía durante casi diez años.

CUARTO.- Considera la Sala que, sin ser procedente la extinción de la pensión pedida por don Federico en su apelación adhesiva, pues se dan las circunstancias en que se fundamenta legalmente la concedida en la instancia, tampoco procede su establecimiento con carácter indefinido, contra lo que la apelante principal solicita. Por ello, estimando ponderada en extremo y ajustada a Derecho la decisión judicial de primer grado que fija dicha obligación con una duración de tres años desde su fecha, como queda dicho, procede su íntegro mantenimiento, pues sólo la diferente posición económica de los litigantes justifica la duración ya establecida, a la vez que la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, ya analizadas, hace inviable su mantenimiento por tiempo indefinido, como si de una injustificada renta vitalicia se tratase.

QUINTO.- En materia de costas, tanto la naturaleza de los intereses en juego, cuya contraposición deriva de una previa relación afectiva y familiar, como el que no se estime ninguno de los dos recursos, ni el principal, ni el adhesivo, aconseja que no hagamos expresa imposición de las causadas en la alzada, por lo que hacemos uso de la facultad contemplada en el tercer párrafo del artículo 896 LECiv.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando tanto el recurso de apelación principal interpuesto por la representación procesal de doña María Victoria F. S., como el adhesivo formulado por la de don Federico M. H. contra la Sentencia dictada el día dieciocho de febrero de dos mil por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. Uno de los de Castellón en los autos de juicio de divorcio seguidos en dicho Juzgado con el número 166/1998, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin expresa imposición de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales, al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sentencia Audiencia Provincial Madrid (Sección 22ª), de 10 septiembre 1998

Rollo de Apelación núm. 1362/1997.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

La siguiente sentencia aborda varias cuestiones.

En primer lugar, se refiere a que la pensión compensatoria no tiene naturaleza vitalicia y está sometida a diversas eventualidades.

Por otra parte, trata la cuestión de la convivencia marital con otra persona, fija sus requisitos y termina teniéndola por acreditada en el caso litigioso, aunque a partir de presunciones, lo que es lógico, teniendo en cuenta que la parte receptora de la pensión se esforzará por mantener oculta y clandestina una relación que puede dar a su extinción, como fue el caso.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en sus Fundamentos de Derecho.

La Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de apelación interpuesto por don Gregorio M. G. contra la sentencia de 16 de junio de 1997 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, en autos de juicio de modificación de medidas complementarias de divorcio núm. 957/1996, revoca la misma y, en su lugar, acuerda la extinción del derecho de pensión por desequilibrio reconocido en pro de la demandada doña María Inmaculada I. V. en el antecedente procedimiento de divorcio.

En Madrid, a diez de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

La Sección Vigesimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de modificación de medidas complementarias de divorcio seguidos, bajo el núm. 957/1996, ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, don Gregorio M. G., representado por la Procuradora doña Nuria Munar Serrano y asistido por el Letrado don Gonzalo Muzquía Vicente-Arche.

De la otra, como apelada, doña Inmaculada I. V., representada por el Procurador don Víctor Requejo Calvo y defendida por la Letrada doña Pilar Manso Alonso.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.-Con fecha 16 junio 1997 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la señora Procuradora de los Tribunales doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de don Gregorio M. G., contra doña María Inmaculada I. V., en los Autos de juicio incidental de modificación de medidas, número 957/1996, debo absolver a la citada parte demandada en las pretensiones deducidas de adverso, imponiendo expresamente las costas del presente procedimiento a la parte actora. Contra la presente resolución cabe recurso de apelación en término de cinco días a partir de su notificación.

Así, por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo».

TERCERO.-Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Gregorio M. G., el que fue admitido en ambos efectos y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se han remitido los autos a esta superioridad, ante la que han comparecido ambas partes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y celebrándose la vista de la apelación el día 9 de los corrientes, con la asistencia de los Letrados de las partes expresadas, que informaron cuanto creyeron conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones.

CUARTO.-En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Reproduce el apelante ante la Sala su pretensión extintiva del derecho de pensión preestablecido en pro de la señora I., y ello sobre la base de la concurrencia de tres circunstancias, afectante la primera a la desaparición del desequilibrio económico, relativa la segunda a la naturaleza temporal de la pensión, y concretada la última en la esgrimida convivencia marital de la beneficiaria del derecho con un tercero.

SEGUNDO.- El análisis del contexto de actuaciones que a esta Sala han sido elevadas no permite, en modo alguno, llegar a la conclusión del recurrente respecto de la superación, por la señora I., del desequilibrio pecuniario en que se asentó el reconocimiento del derecho hoy debatido en la sentencia dictada en la antecedente litis disolutoria del vínculo conyugal, dado que no se ha acreditado que dicha litigante disponga de ingresos propios, producto de su trabajo o de otro origen, y menos aún de entidad suficiente para aproximar su «status» al del señor M. G.

Cuestión distinta es la que concierne a la alegada interdependencia económica de la demandada con el señor B., en cuanto derivada de una supuesta convivencia marital de ambos, pues dicha circunstancia debe integrarse legalmente en el inciso final del párrafo 1.º del artículo 101 del Código Civil, habiendo, en consecuencia, de analizarse, como causa extintiva del derecho debatido, dentro del planteamiento específico que, al respecto, realiza el recurrente sobre la referida cohabitación.

Tampoco puede encontrar el amparo impetrado la pretensión del apelante sobre el invocado patrimonio de la contraparte, que afecta, según se expone en el escrito rector del procedimiento, a dos inmuebles sitos en Marbella y Benalmádena, dado que dichos bienes no se han integrado recientemente entre las propiedades de la señora I., sino que tal situación se remonta al tiempo de la vigencia del matrimonio, con la única particularidad reciente de la rectificación de su calificación jurídica en el Registro de la Propiedad, pues figurando dichas fincas como pertenecientes, en su 50%, a la sociedad legal de gananciales de los litigantes, se acaba por declarar que la titularidad es privativa de cada uno de los esposos, en un 25% cada uno, al no existir en la fecha de su adquisición dicha sociedad económico-matrimonial, conforme al fallo de la Sentencia dictada, en fecha 18 noviembre 1993, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Madrid. En consecuencia, mal puede afirmarse que doña Inmaculada no dispusiera anteriormente de un patrimonio propio, en cuanto la referida sentencia no le otorga derecho alguno del que anteriormente careciera, limitándose a esclarecer la condición jurídica de un patrimonio que era, y sigue siendo, común de los cónyuges, sin que ello suponga, por la igualitaria distribución de cuotas entre las partes, un incremento de fortuna de la esposa, a los efectos pretendidos de su incardinación en las causas extintivas del artículo 101 del Código Civil.

TERCERO.- Es cierto, y así lo viene sosteniendo esta Sala, que el derecho regulado en el artículo 97 del Código Civil no puede concebirse, en términos generales, como de naturaleza absoluta e incondicional, a especie de renta vitalicia o ilimitada en el tiempo, pudiendo, por el contrario, ser reconocido judicialmente bajo determinados condicionantes en su futura supervivencia, entre los que figuran el establecimiento, en la sentencia que lo sanciona, de un concreto tope temporal, cuyo vencimiento extinguirá definitivamente el derecho, de no concurrir con anterioridad alguna de las causas reguladas en el artículo 101 del Código Civil.

No puede sin embargo olvidarse, al hilo del planteamiento efectuado por el demandante, que no es el elegido el cauce procesal adecuado para la determinación de si el derecho debatido ha de regir sin condicionantes apriorísticos, o con un concreto límite temporal, dado que la presente litis debe moverse necesariamente dentro de los estrechos márgenes que permiten los artículos 90, 91, 100 y 101 del Código Civil, que no facultan para revisar, al margen del sistema de recursos que sancionan los artículos 376 y ss. de la LECiv, pronunciamientos que alcanzaron definitiva firmeza; y en efecto el principio de cosa juzgada no queda excluido, y tampoco atenuado, en el ámbito de la regulación legal de la crisis matrimonial y sus efectos complementarios, dado que éstos deben permanecer incólumes en

tanto subsistan las circunstancias que condicionaron su sanción judicial, pudiendo tan sólo ser modificados cuando se hayan alterado sustancialmente tales circunstancias, o, con carácter mucho más específico, en lo que concierne a la pensión por desequilibrio, en los supuestos de alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge en orden a su modificación cuantitativa (Art. 100), o caso de cese del desequilibrio, nuevo matrimonio, o convivencia marital del acreedor, a los efectos de su extinción (Art. 101).

Y es obvio que, en tal apartado del planteamiento del recurrente, ninguna circunstancia nueva se invoca, que pudiera incidir, con apoyo legal, en el acogimiento de su pretensión, que únicamente parece asentarse en lo injusto, según la tesis de dicho litigante, de la vigencia indefinida de la pensión; ello abocaría, como se ha expuesto, a una extemporánea revisión de lo acordado al respecto en la litis de divorcio, siendo en el curso de la misma donde, de modo ortodoxo, pudo plantearse una controversia que en el presente procedimiento se revela fuera de lugar, y sin el amparo de las previsiones legales que, de modo ineludible, acotan su posible contenido.

CUARTO.- La convivencia marital, que como causa extintiva del derecho de pensión regula el artículo 101 del Código Civil, se manifiesta, no por relaciones de profunda amistad, acompañadas o no de trato íntimo, aun con contactos cotidianos o prolongados en el tiempo, cuando ello se haga compatible con el mantenimiento de la independencia de las dos personas, exigiéndose, por el contrario, una clara interdependencia en lo corporal y espiritual, e inclusive en el ámbito pecuniario, que exteriorice una auténtica comunidad de vida, similar a la de carácter matrimonial, definida por las notas de permanencia, estabilidad y coincidencia de intereses, con arraigo en el pasado y previsible proyección de continuidad en el futuro, sobre las bases que en común hayan podido sentar al presente los convivientes.

Es obvia, por otro lado, la dificultad que en la mayor parte de las ocasiones conlleva la acreditación en juicio del referido hecho extintivo, por la inexistencia de instrumentos que prueben el mismo de un modo fehaciente, lo que obliga al empleo racional de las presunciones, de conformidad con la doctrina emanada del artículo 1253 del Código Civil, en cuanto silogismo o proceso lógico que, partiendo de una premisa constituida por unos hechos probados, induce a una consecuencia necesaria, racional y lógica, según las reglas del criterio humano (STS 20 octubre 1975 [RJ 1975\3737]).

Ello sentado, y denegada en anteriores procedimientos, de divorcio y modificación de medidas, la extinción del derecho que en los mismos se propugnaba, por convivencia marital de la esposa con

el señor B., no puede ahora entrarse en una nueva valoración de las pruebas aportadas en aquéllos, y que por testimonio han sido incorporadas a la presente litis, en cuanto ello supondría una flagrante transgresión del principio de cosa juzgada. Habrá que partir, por el contrario, de la situación entonces enjuiciada, que evidenciaba unas inequívocas relaciones de las personas referidas, aunque sin llegar a la convicción judicial de su integración en una convivencia de las características de las apuntadas, y examinar si se han producido nuevas circunstancias, con el debido refrendo probatorio, que haya derivado el expresado «status» hacia una relación «more uxorio».

Y con tal planteamiento, deben ser destacadas las siguientes circunstancias:

a) No obstante haberse mantenido, en la Sentencia dictada en la instancia, en fecha 24 noviembre 1994, a la señora I. en el uso del que fuera domicilio conyugal, la misma deja dicho inmueble en el mes de enero siguiente. En el escrito de contestación a la demanda de la presente litis se justifica tal decisión por las amenazas, insultos y coacciones recibidos del señor M.; sin embargo, en escrito de fecha 29 de diciembre de 1994, dirigido al Juzgado en el antecedente procedimiento de modificación de medidas (folio 11), se hace referencia, como causas de renuncia del derecho concedido, a «los altos costes de mantenimiento, continuas derramas de la comunidad y vecindad de reparación de tuberías de agua, electricidad, etc., lo que implica que habría que hacer un desembolso, imposible para mi mandante dados sus escasos recursos», a lo que añade que «al parecer los padres del señor M., copropietarios de dicho domicilio, lo necesitan para vivir ellos mismos...»; en prueba de confesión, practicada en fecha 16 de abril de 1997, manifiesta doña Inmaculada que «se fue del domicilio conyugal porque se lo aconsejó así su abogada, ya que dicha vivienda era propiedad de los padres del marido, y al necesitarla él mismo para vivir se me aconsejó que me fuera».

b) Traslada entonces su residencia la señora I. al piso ubicado en la planta 7.ª, letra B, del edificio sito en el núm. 12 de la C/ Ramón de Santillán de Madrid, en tanto que don José Enrique B. C., con quien se alega convive maritalmente, reside en el piso contiguo, esto es en el 7.º C. Adquiere la demandada el antedicho inmueble por medio de escritura pública otorgada en fecha 26 de mayo de 1994, y ello en lo que concierne al usufructo, por un precio de 7.200.000 ptas., en tanto que el señor B. adquiere, mediante el mismo documento, la nuda propiedad, por un precio de 7.800.000 pesetas.

Alega la demandada que no disponía de recursos económicos propios para realizar tal desembolso, obteniendo el dinero necesario

a través de un préstamo familiar, hecho éste que no ha tenido intento corroboratorio de clase alguna.

c) En el escrito de contestación a la demanda se aduce que los hijos del matrimonio no pernoctan en el referido inmueble, entre otras razones, porque el mismo no dispone más que de «un dormitorio, por lo que deberían dormir en el cuarto de estar». Sin embargo la inscripción registral de dicho bien (folio 128) revela que el mismo, además del cuarto de estar, tiene tres dormitorios, no habiendo acreditado la parte demandada, y ni siquiera alegado, que se haya realizado modificación estructural alguna, ni que, en último término, la descripción registral no corresponda a la realidad física del inmueble.

d) Desde hace años la señora I. permanece con asiduidad en la clínica donde desarrolla su profesión médica don José Enrique B., y ello en horas de consulta. En anteriores procedimientos se justifica tal conducta por la realización de prácticas de diseño gráfico por ordenador, aprovechando los aparatos ubicados en aquélla; tal explicación se sigue manteniendo, no obstante el transcurso del tiempo, en la presente litis, sin que se alegue, y tampoco justifique, la finalidad práctica ulterior de la referida actividad, ni tampoco la compatibilidad de la misma, por la coincidencia de horario, con las propias de manipulación de las bases de datos médicos que lógicamente deben desarrollarse mediante los citados ordenadores.

e) Por lo demás, y desde hace tiempo, existe constancia de viajes conjuntos de los supuestos convivientes, y utilización cotidiana por la demandada de un vehículo automóvil propiedad del señor B.

f) No niega este último, al declarar como testigo, las relaciones que mantiene con la demandada, si bien, al ser preguntado si las mismas son de pareja, manifiesta que «si se entiende por relaciones de pareja intención de contraer matrimonio o un proyecto de vida en común, que no es cierto».

La valoración aislada de cada uno de dichos datos no puede determinar la plena convicción de la Sala sobre la existencia de la aludida convivencia «more uxorio», aunque la aproximen en alto grado; pero ponderados conjuntamente los mismos no puede llegarse a otra conclusión, según las reglas del criterio humano, que proclama el artículo 1253 del Código Civil, que la concerniente a la concurrencia en el caso de una plena comunidad de intereses y afectos, integradores de una convivencia marital que no puede ya ignorarse, a la vista de todos los datos referidos, por la mera existencia de un tabique entre viviendas, si es que el mismo subsiste en la actualidad, extremo éste sobre el que la demandada no ha aportado prueba alguna, aunque en todo caso ello ya se revelaría absolutamente inocuo, respecto de unas

relaciones que han ido evolucionando hasta la situación actual, que se integra inequívocamente en las previsiones extintivas del artículo 101 del Código Civil, y sobre cuya base ha de acogerse el recurso formulado.

QUINTO.- El sentido de esta resolución determina la no especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, de conformidad con la doctrina emanada del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pronunciamiento que debe hacerse extensivo a las costas de la instancia, en consideración a la naturaleza de la cuestión debatida y especiales circunstancias concurrentes en el caso, por aplicación de lo prevenido en el inciso final del párrafo 1.º del artículo 523 de la referida Ley Procesal.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por don Gregorio M. G. contra la Sentencia dictada, en fecha 16 junio 1997, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de los de Madrid, en Autos de modificación de medidas seguidos, bajo el núm. 957/1996, entre dicho litigante y doña María Inmaculada I. V., debemos revocar y revocamos la expresada resolución y, en su lugar, acordamos la extinción del derecho de pensión por desequilibrio reconocido en pro de la señora I. en el antecedente procedimiento de divorcio.

Dicho pronunciamiento cobrará efectividad desde la fecha de esta resolución.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas procesales devengadas en ambas instancias.

Al notificar esta resolución a las partes hagáseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Auto Audiencia Provincial Madrid (Sección 22ª), de 2 de marzo de 1999

Recurso de Apelación núm. 201/1998.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

La resolución que se transcribe a continuación aborda un supuesto de falta de reclamación expresa de la actualización de la pensión compensatoria, que en la sentencia se fijó con arreglo a las variaciones del Índice de Precios al Consumo (IPC).

A dicho respecto, concluye el tribunal que el que la parte beneficiaria no haya reclamado durante años la efectividad de aquellas actualizaciones acordadas no puede implicar renuncia a las mismas.

Sin embargo, admite que se haya producido la prescripción de las cuotas ya devengadas y no reclamadas.

La Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación planteado por don Fernando D. G. contra el Auto dictado, en fecha 18-12-1997, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 22 de Madrid, en autos de divorcio seguidos entre dicho litigante y doña María Auxiliadora G. R., confirmando en su integridad la Resolución impugnada.

En Madrid, a dos de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, el presente incidente dimanante de los autos de divorcio seguidos, bajo el número 1196/1981, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, don Fernando D. G., representado por el Procurador don Antonio de Palma Villalón, y asistido por el Letrado don Juan Sebastián García Macarrón.

De la otra, como apelada, doña María Auxiliadora G. R., representada por la Procuradora doña Begoña López Cerezo, y defendida por la Letrada doña María Teresa de Blas Vázquez.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.-Con fecha 18 de diciembre de 1997 por el

Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se desestima el recurso de reposición interpuesto por el Procurador don Antonio de Palma Villalón, en representación de don Fernando D. G., contra la Providencia de fecha 16 de septiembre de 1997, que se confirma en todos sus pronunciamientos. Estese a la Resolución de 16 de septiembre de 1997. Contra la presente resolución cabe recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Audiencia Provincial por término de cinco días de conformidad con el Art. 381 y Art. 385 último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así por este su auto lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. José María Prieto Fernández-Layos, Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 22 de Madrid».

TERCERO.-Notificada la mencionada resolución a las partes contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Fernando D. G., el que fue admitido en un solo efecto y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se han remitido los testimonios designados a esta Superioridad, ante la que han comparecido ambas partes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y celebrándose la vista de la apelación el día 1 de los corrientes, con la asistencia de los Letrados de las partes expresadas, que informaron cuanto creyeron conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones.

CUARTO.-En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la correcta, en cuanto ajustada a derecho, resolución de la cuestión sometida a la consideración del Tribunal, conviene recordar que la Sentencia de cuya ejecución se trata, de fecha 17 de junio de 1982, acordó, en cuanto medidas económicas complementarias del divorcio de los litigantes, que el señor D. abonaría 20.000 ptas. mensuales en pro de su esposa y otra cifra igual para su hija menor y el hijo enfermo, que se actualizarían anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo.

Mediante Sentencia dictada, en fecha 21 de febrero de 1985, en litis de modificación de medidas, se acordó cambiar el sistema de revisión de las referidas prestaciones, pues, a partir de dicho momento, se habrían de tener en cuenta no sólo las variaciones del IPC, sino también los ingresos del obligado al pago.

SEGUNDO.- Sobre tales imprescindibles antecedentes, la Providencia de 16 de septiembre de 1997, que ulteriormente desemboca, tras ser recurrida en reposición, en el auto hoy apelado, da estricto

cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica de Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), a cuyo tenor las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Declara al respecto el Tribunal Supremo, ya desde viejas Sentencias cual la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

Y así la antedicha providencia proyecta con rigurosa precisión los referidos criterios de actualización a las pensiones a abonar, aplicando el segundo de ellos, que implica el promedio entre el IPC y los ingresos del obligado al pago, a partir de febrero de 1986, y quedando sin efectividad ejecutiva ulterior las pensiones de los hijos en octubre de 1985 una de ellas (por el fallecimiento del descendiente enfermo), y en febrero de 1990 la prestación en pro de la hija, alcanzar la misma la mayoría de edad legal en 31 de enero.

TERCERO.- No puede olvidarse, por otro lado, que las referidas prestaciones constituyen una deuda de valor, que como tal se hacen susceptibles en su efectividad de mecanismos de actualización, a fin de adecuar el importe de lo señalado en sentencia al poder adquisitivo de la moneda, de tal modo que el acreedor reciba mediante las prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha en que fue establecida.

No puede, en consecuencia, como al parecer pretende el recurrente en su confusa exposición ante la Sala, abocarse la pensión por desequilibrio a un absoluto estancamiento, no obstante el devenir del tiempo, con la lógica y consiguiente evolución al alza del coste de la vida, en cuanto ello frustraría la finalidad para la que aquélla ha sido constituida.

En consecuencia, la no reclamación por la esposa durante largos años de las actualizaciones que le correspondían no implicaba la renuncia, y tampoco la exclusión, de un derecho que la Ley le atribuía, y cuyo no ejercicio no puede tener otras consecuencias que las dimanantes del instituto de la prescripción, en los términos consagrados en el artículo 1966 del Código Civil, y ello con estricta referencia a la reclamación de los atrasos dimanantes de la actualización, sin que se pueda extender a la revisión en sí, en cuanto tendente a mantener el valor adquisitivo de la pensión originariamente concedida, y con los parámetros de proporcionalidad entonces contemplados.

Y así lo proclama correctamente y sin confusión alguna, el

auto apelado, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, al distinguir la revalorización en sí, que es imprescriptible por la propia naturaleza de la pensión, y los atrasos devengados de la misma, que pueden caer, por el contrario y previa su invocación por el obligado, bajo las previsiones del artículo 1966.

De otro lado, y conforme viene sosteniendo reiteradamente esta Sala, al formar las actualizaciones anuales parte inseparable de la pensión, en armonía con su naturaleza de deuda de valor, no son de aplicación doctrinas jurisprudenciales elaboradas en torno a figuras, cual el canon arrendaticio, de finalidad y caracteres claramente diferenciados, que no permiten la extensión analógica que, al parecer, pretende el recurrente.

CUARTO.- Los testimonios elevados a la Sala, por designación del recurrente en los términos que contempla el párrafo 3º del artículo 391 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permiten excluir al existencia, según se refleja en el auto apelado, de una Resolución de fecha 14 de marzo de 1994, que es negada por el apelante, sin aportar al Tribunal certificación alguna al respecto, en cuanto a negativa de su constancia en los autos originales.

Por lo cual la prescripción oponible, en los términos del artículo 1966 CC, no puede arrancar, en su cómputo, de la reclamación efectuada por la ejecutante en su escrito de 11 de septiembre de 1996, sino de aquélla resolución, cuya denunciada inexistencia no consta a la Sala, por lo que, como se recoge en el cuarto fundamento jurídico del auto recurrido, tal instituto, excluyente de la ejecución, sólo podrá proyectarse respecto de las posibles deudas por atrasos anteriores al 14 de marzo de 1989.

QUINTO.- Por lo expuesto ha de concluirse que la resolución impugnada se ajustó a los términos de las sentencias de cuya ejecución se trataba, aplicando correctamente al caso las previsiones legales examinadas, procediendo, en consecuencia, su íntegra confirmación, lo que ha de conllevar igualmente la expresa condena al apelante en orden al pago de las costas procesales devengadas en la alzada, por imperativos del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: Que desestimando el recurso de apelación formulado por don Fernando D. G., contra el Auto dictado, en fecha

18 de diciembre de 1997, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid, en autos de divorcio seguidos, bajo el núm. 1196/1981, entre dicho litigante y doña María Auxiliadora G. R., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución impugnada.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Al notificar la presente resolución a las partes, hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso de clase alguna.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Sentencia Audiencia Provincial núm. 392/2002 Jaén (Sección 1ª), de 15 noviembre de 2002

Recurso de Apelación núm. 353/2002.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pío Aguirre Zamorano

Se trata en esta sentencia la posibilidad de acordar la supresión de la pensión compensatoria por convivencia marital con persona de mismo sexo. Se resuelve afirmativamente, por entender el tribunal que la causa de extinsión por convivencia marital es aplicable tanto a parejas heterosexuales como homosexuales.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Jaén declara haber lugar en parte a los recursos de apelación interpuestos por los litigantes frente a la Sentencia, de fecha 20-06-2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ubeda en autos de modificación de medidas.

En la Ciudad de Jaén, a quince de noviembre de dos mil dos.

Vistos en grado de apelación, por la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial los Autos de Juicio de Modificación de Medidas, seguidos en primera instancia con el número 64 del año 2002, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ubeda, rollo de apelación de esta Audiencia número 353 del año 2002, a instancia de don Alvaro Manuel Q. F., representado en la instancia por la Procuradora señora S. y defendido por la Letrada señora G. T., contra doña Mª Isabel R.

G., representada en la instancia por el Procurador señor B. P. y defendida por la Letrada señora B.

Aceptando los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de la Instancia núm. 1 de Ubeda, con fecha 20 de junio de 2002.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente «fallo: Que estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas a instancia de don Baltasar M. M., Procurador de los Tribunales y de don Alvaro Manuel Q. F., asistido por el letrado señor T. G., contra doña María Isabel R. G., representada por el Procurador don Juan A. G. y asistida por la letrada señora B. R. y con intervención del Ministerio Fiscal; debo declarar y declaro modificadas las medidas adoptadas en sentencia de divorcio dictada el 25 de junio de 2001, en los autos de divorcio 227/2001, en los términos siguientes: –1.– Se establece a favor de la hija mayor de edad Jana Q. R. una pensión de alimentos a cargo de la madre señora R. G., en la cantidad de 90 euros mensuales, a ingresar en la cuenta bancaria que se determine y en tanto subsista la necesidad de la alimentante, quedando extinguida una vez que la hija mayor de edad comience una vida independiente desde el punto de vista económico y personal, habida cuenta que la vida independiente que lleva en la actualidad lo es por razón de estudios, actualizable dicha cantidad de conformidad con el IPC.– 2.– En cuanto al régimen de visitas de la hija menor a favor del padre se amplía quedando de la forma siguiente: – El padre podrá tener en su compañía a la hija menor de edad los fines de semana alternos y en concreto desde las 18 horas del viernes hasta las 22 horas del domingo durante los meses de invierno y hasta las 23 horas durante los meses de verano; así como dos tarde de la semana a determinar entre ambos cónyuges teniendo en cuenta la actividad escolar de la menor, desde las 17 horas a las 22 horas, en que la reintegrará al domicilio materno.– Los fines de semana que unidos a cualquier otra festividad constituyen un puente con vacación escolar, los disfrutarán uno u otro progenitor en compañía de la menor con alternancia a lo largo del año, rigiendo a continuación nuevamente el régimen de visitas de fines de semana, comenzando por el cónyuge con quien no haya permanecido la menor.– Con respecto de las vacaciones regirá el calendario escolar, pudiendo don Alvaro Manuel Q. tener en compañía a la menor Sarah Q. R. la mitad de los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa con alternancia en los años, así como un mes en las vacaciones de verano, eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares.– Que con igual alternancia en los años (la madre los pares y el padre los impares), la menor Sarah

Q. R. pasará los días de sus respectivos cumpleaños y santo con cada uno de sus progenitores, adecuándose a la actividad escolar y siendo festivo desde las 11 horas de la mañana a las 22 horas de la noche.– Que la menor Sarah Q. R. pasará con su padre don Alvaro Manuel Q. F., los respectivos días de santo y cumpleaños de éste, en concreto los días 19 de febrero y 7 de julio de cada año, adecuándose a la actividad escolar y siendo festivo desde las 11 horas de la mañana a las 22 horas de la noche. – Que en las fiestas patronales anuales de la ciudad de Ubeda, comprendidas desde el 28 de septiembre al 4 de octubre de cada año la menor Sarah Q. R. pasará la mitad de dicho período con cada uno de sus progenitores, eligiendo el período la madre en los años pares y el padre en los impares.– 3.– Por último se mantiene la pensión compensatoria a favor de doña María Isabel R. G. y por el tiempo que resta por el que se pactó de mutuo acuerdo por los cónyuges en convenio regulador aprobado en sentencia de divorcio.– Expídase a las partes testimonio de esta resolución a fin de que puedan hacer uso de su derecho en la forma legal que corresponda».

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se preparó e interpuso por el actor y la demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ubeda, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso en lo que se especificará en los fundamentos de derecho de esta resolución.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito impugnándolo por las razones que se expondrán, así mismo en esta sentencia, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, en la que se formó el rollo correspondiente, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Magistrado D. Pío Aguirre Zamorano.

Aceptando los Fundamentos de Derecho de la resolución impugnada mientras no se opongan a los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor, don Alvaro Manuel Q. F. interpuso demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia, contra su exmujer doña Mª Isabel R. G. La primera modificación que solicitaba era la extinción de la pensión compensatoria a favor de la demandada

por valor de 41.600 pesetas mensuales, durante dos años cobradas a partir de la firma del convenio regulador. La segunda modificación era la que la demandada contribuyera con la cantidad de 210,35 euros (35.000 pesetas) en concepto de alimentos para la hija mayor de edad (Jana) que convive con el actor y, la tercera era que se modificase el régimen de visitas establecido en convenio para la hija menor de edad (Sarah) que convive con su madre-demandada.

La sentencia acuerda no modificar la pensión compensatoria al estimar que no se prueba que la demandada conviva maritalmente con otra; fijar como contribución para alimentos a cargo de la esposa para la hija mayor de edad en 90 euros mensuales y en cuanto al régimen de visitas para la hija menor de edad, a favor del padre acepta todo lo solicitado menos el último extremo en que se solicitaba que, «con independencia y cumplimiento del régimen de visitas la menor podría relacionarse con su padre de la manera y forma que lo desee respetándose siempre el interés y beneficio de la misma».

SEGUNDO.- Pues bien, contra esta sentencia apela el actor solicitando, igual que en la instancia, que se suprima la pensión compensatoria al convivir la demandada con otra persona, aunque sea del mismo sexo, de forma continuada; que la pensión por alimentos para la hija mayor de edad, a pagar por la demandada sea la solicitada de 210,35 euros y, además que se reconozca el último extremo en cuanto al régimen de visitas y que ha sido transcrito al final del fundamento de derecho anterior. La demandada, doña Mª Isabel R. G., también apela la sentencia en cuanto, no está de acuerdo en contribuir con la cantidad fijada por la sentencia de 90 euros en los alimentos de la hija mayor de edad que convive con el actor.

TERCERO.- En primer lugar se va a entrar a conocer de la pensión compensatoria por la cantidad de 41.600 pesetas (260 euros) que el actor debe de abonar a la demandada desde la fecha del convenio, 17 de mayo de 2001, y por tiempo de dos años.

El Art. 101 del Código Civil (LEG 1889\27) dispone que el derecho de pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

De la prueba practicada en la instancia se desprende, sin género de dudas, que la demandada convive de forma estable con su compañera sentimental al menos desde hace un año y medio (según certificado del Ayuntamiento) en una vivienda que han adquirido entre ambas donde además están instalando un taller de cerámica. Pues bien a pesar de estas pruebas, que es reconocido además por la demandada,

la Juzgadora estima que falta el elemento de permanencia y estabilidad que requiere la concurrencia de la «vida marital» y considera que la pareja es un «noviazgo».

Se puede definir la unión de hecho como la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comporta un proyecto de vida en común, con intención de permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal.

Por su parte el Tribunal Supremo (sentencia de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992\4907]) afirma que la «convivencia "more uxorio" debe desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, interés y fines, en el núcleo del mismo hogar».

Aduce la demandada en su escrito oponiéndose al recurso del actor que «la vida marital» a la que alude el Art. 101.1 del Código Civil (LEG 1889\27) exige que la convivencia sea entre hombre-mujer no concurriendo «vida marital» en las uniones de hecho en parejas homosexuales que no tienen posibilidad de acceder al matrimonio.

La Constitución Española (RCL 1978\2836), además del derecho a contraer matrimonio entre hombre y mujer, reconoce también, por una parte, el libre desarrollo de la personalidad del individuo, y obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos y, por otra parte establece el principio de igualdad prohibiendo cualquier discriminación que pudiera darse en razón del sexo (Arts.. 9.2, 10.1 y 14).

Así mismo el Parlamento Europeo (resolución 8-11-1994) sobre igualdad de los derechos de los homosexuales en la Comunidad Europea, ha reiterado la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato igual con independencia de su orientación sexual. Así y en nuestro país a lo largo de los últimos años se han venido estableciendo esa igualdad como lo demuestra la creación de Registros Municipales y Autonómicos de uniones civiles que reconocen, la posibilidad de inscribir la unión tanto de parejas heterosexuales como homosexuales, o la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (RCL 1994\3272 y RCL 1995, 1141) que recoge expresamente el derecho de subrogación «mortis causa» en el contrato de arrendamiento a las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales. Un último

ejemplo de todo lo argumentado es que la Guardia Civil ha anunciado el día 5 de noviembre de este año, hace escasos días, que va a proceder de inmediato a modificar la orden general que regula el régimen de ocupación de pabellones con el objeto de que se puedan asignar a todas las parejas de hecho, independientemente de su naturaleza heterosexual u homosexual.

Así las cosas, hay que entender que la demandada doña Isabel R. G. forma una pareja de hecho con su compañera sentimental al concurrir todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia que son, como ya se había anunciado, convivencia estable practicada de forma externa y pública y en el mismo domicilio, que implica, como así lo reconoce la demandada el mutuo afecto entre los convivientes que es lo que motiva la unión de hecho.

CUARTO.- Es por estas razones expuestas que se considera que el Art. 101.1 del Código Civil (LEG 1889\27) es aplicable tanto a parejas heterosexuales como homosexuales pues no se puede pretender que las Leyes reconozcan solamente derechos, y no deberes a las parejas del mismo sexo. Otra cuestión es desde qué fecha se puede considerar que la demandada «convive maritalmente con otra persona» pues será desde esa fecha cuando desaparecerá la obligación del actor de pasarle la pensión compensatoria a la demandada.

Pues bien, la fecha siempre es difícil de fijar dada la ausencia de formalidades que es otra característica de estas uniones, no obstante y teniendo en cuenta que ambas conviven desde al menos hace un año y medio de manera estable y pública, se considera, a efectos del pago de la pensión, que será desde la fecha de esta sentencia.

QUINTO.- La segunda cuestión a resolver es la contribución (90 euros) establecida «ex novo» en la sentencia de instancia a la demandada para contribuir a los alimentos de su hija mayor de edad y que convive con el padre-actor. Este solicita que sea elevada, tal y como solicitó en la demanda a la cantidad de 210, 35 euros y la esposa pida que sea suprimida en esta alzada.

Hay que partir de la base de que en el convenio regulador celebrado entre las partes nada se decía de la contribución de la madre a los alimentos de la hija mayor de edad que convivía con el padre. Este convenio, como ya se ha señalado es de fecha 17 de mayo de 2001.

Como argumenta la sentencia de instancia para que tenga lugar la modificación de las medidas acordadas por los cónyuges o

adoptadas en sentencia es requisito indispensable que se alteren sustancialmente las circunstancias (Art. 90 del Código Civil [LEG 1889\27]). Este cambio tiene que ser importante o fundamental, que no se haya tenido en cuenta por las partes o el Juez al adoptar las medidas y que la alteración tenga, al menos, signos de permanencia.

Pues bien, de la prueba practicada no se acredita, en forma alguna, ese cambio de circunstancia. En cuanto a la madre-actora tiene la misma situación laboral que cuando se firmó el convenio o peor y sólo tiene la expectativa de trabajar con su compañera sentimental en un taller de cerámica que están montando. Nada significa que haya adquirido 2/3 partes de una vivienda y un automóvil pues estos bienes los han pagado con el dinero que le correspondió de la disolución de la sociedad de gananciales, realizada antes incluso que el convenio regulador.

En cuanto a la hija, mayor de edad, se afirma que ahora tiene más gastos por estar estudiando en la ciudad de Málaga. Pues bien, teniendo en cuenta que el convenio se firmó el 17 de mayo de 2001, cuando se interpuso la demanda, 11 de febrero de 2002, había transcurrido apenas ocho meses y el que la hija se fuera a estudiar fuera era totalmente previsible. Es por ello, que no se considera que las circunstancias hubieran cambiado en ocho meses para tener que modificar el acuerdo entre las partes.

El Tribunal Supremo tiene declarado en sentencias de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9649), que cita entre otras la de 26 de enero de 1993 (RJ 1993\365) o 24 de abril (RJ 1997\3251) y 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9110), que la Ley de 7 de julio de 1981 (RCL 1981\1700) ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de la indisponibilidad de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio. Los acuerdos así establecidos tienen un carácter contractual por lo que tales acuerdos son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez. Es por estas razones que se desestima este motivo del actor apelante y se admite el de la demandada también apelante.

SEXTO.- Solicita, por último, el apelante que en el régimen de visitas establecido para la hija menor de edad que convive con la madre que ha sido modificado por la Juzgadora de instancia se incluya el último inciso solicitado que textualmente señala «que con independencia y cumplimiento del régimen de visitas establecido, la menor hija habida en el matrimonio, Sarah Q. R., podrá libremente relacionarse con su padre, don Alvaro Manuel Q. F., de la manera y

forma que desee, respetando siempre el interés y beneficio de la misma».

En cuanto a este extremo tiene que ser confirmado íntegramente la sentencia de instancia. Se ha establecido un régimen amplio y flexible de conformidad con el Ministerio Fiscal y la menor de edad. Es por ello que no parece conveniente añadir este párrafo, ya transcrito, pues puede dar lugar a problemas para aplicar el régimen de visitas regulado al dejar al arbitrio de la menor, que tiene doce años de edad, el relacionarse con su padre «de la manera y forma que desee».

SEPTIMO.- Dada la especial naturaleza de este pronunciamiento no procede hacer expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Instancia núm. 1 de Ubeda, con fecha veinte de junio de dos mil dos, en autos de juicio sobre modificación de medidas, seguidos en dicho Juzgado con el número 64 del año 2002, debemos de revocar y revocamos en parte la mencionada resolución en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria que recibe la demandada a cargo del actor desde la fecha de esta sentencia, así mismo se deja también sin efecto la cantidad establecida a cargo de la demandada para alimentos a su hija mayor de edad Jana Q. R., manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia. Todo ello sin hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ubeda, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

IV. PROCEDENCIA Y VALUACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES

José Manuel Marco Cos.
Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón (España).

SUMARIO

1. Concepto. 2. La reparación del daño moral. 3. El daño moral en los conflictos familiares. Aproximación al Derecho Salvadoreño: a) matrimonio, b) filiación, 4. ¿Previsión legal abierta o exhaustiva y cerrada?. 5. Algunas cuestiones procesales: a) prueba, b) valoración, c) ¿proceso autónomo?, d) prescripción de la acción, e) sucesión procesal.

1. Concepto.

A diferencia de lo que sucede si se examina la legislación reciente, en que no faltan las referencias a los perjuicios morales y a la indemnización por este concepto, el examen de la legislación civil clásica generada por el movimiento codificador no facilita la formación de un concepto de daño moral. El legislador del siglo XIX contempló la posibilidad de la producción de daños y perjuicios y previó su reparación, ya hablando de indemnización de todo perjuicio (p. ej. Arts. 591, 602, 798, 836, 899, etc. C. Civil Salvadoreño), ya de indemnización de daños ó de perjuicios (p. ej. Arts. 609, 844, 1208, 1375 C. Civil) ó simplemente de indemnización (p. ej. Arts. 850, 867, 935, etc. C. Civil). Pero no parece que pensara expresamente en perjuicios que no fueran los estrictamente materiales o económicos, bien los consistentes en un daño emergente, bien el lucro cesante o la ganancia dejada de percibir.

No podemos obviar que la situación normativa ha cambiado sustancialmente en los tiempos modernos, siendo destacable que el artículo 2 de la Constitución de El Salvador proclame la indemnización por los daños de carácter moral, lo que implica la expresa admisión legislativa de esta clase de perjuicios.

Haciendo por ahora abstracción de esta norma fundamental

y reciente y ciñéndonos a los preceptos que, al no ser meramente casuísticos y referidos a supuestos puntuales, como los antes citados, tienen por objeto la regulación de casos desde una perspectiva de generalidad, ni el artículo 1427 C Civil que, al regular la culpa contractual, admite la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, ni el artículo 2065 CC, referente a la indemnización por culpa extracontractual, se refieren expresamente al daño moral.

Si examinamos el derecho comparado, no se llega a conclusión diferente si se observa el Código Civil español y, concretamente, los artículos 1101 y 1106 al tratar la responsabilidad por culpa contractual y el Art. 1902 respecto de la culpa extracontractual, que solo hablan de la reparación de daños en general, o concretamente del daño emergente y del lucro cesante.

En otras legislaciones se admite la posibilidad de resarcir el daño moral, pero no con carácter general, sino limitado a los casos expresamente previstos. En este sentido, el Código Civil alemán, que admite la indemnizabilidad del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley, ó el Código Civil italiano, que ha resuelto el problema estableciendo en su artículo 2059 por la ley.

Más detallado es el Código Civil panameño, que llega a definir el daño moral en su articulo 1644-a como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración o aspecto físicos, o en la consideración de los demás.

Pese a las carencias legislativas, tanto la doctrina como, sobre todo, la jurisprudencia, han ido elaborando un concepto de daño moral que se ha asentado y es hoy día comúnmente admitido.

En tal sentido, se ha dicho que «el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general»[1]. En la misma línea, utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, se sostiene la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector

1. DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Temas de Derecho Civil-7. Madrid 1972.

de Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón[2].

Debe reconocerse que la figura de daño moral tiene sus orígenes en la doctrina francesa, que lo denominó "domages morales". Mientras daño en general es el mal o perjuicio producido a una persona o bien, moral es el que recae sobre el conjunto de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano. Los bienes agraviados por el daño moral son los derechos personalísimos del individuo, su dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

Por otra parte, el daño moral tiene una dosis elevada de subjetividad: el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no. Ello tiene consecuencias en el momento de fijar la reparación económica del daño, que suele formar parte de las facultades discrecionales del juez.

En una primera aproximación, aunque excluyente o negativa, podemos decir que daño moral es el que no tiene carácter patrimonial, sino que es esencialmente personal, por afectar a bienes que no son susceptibles de directa e inmediata evaluación económica. En este sentido, los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica. Es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, «el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico». La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y es en base a estos dos presupuestos que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es «todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial»[3].

Por lo que respecta a la jurisprudencia, la francesa ha establecido que daño moral es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial aunque

2. HERNÁNDEZ GIL: "Derecho de Obligaciones". Ed. Ceura. Madrid 1983

3. VIELMA MENDOZA, Y.: "Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual", en http://civil/udg.es/cordoba.com/Vielma.h.tm.

importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño.

La jurisprudencia argentina sostiene que daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

La de Colombia considera que daño moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

En la formación de un concepto de daño moral es notable la contribución de la jurisprudencia española, que ha ido elaborando un concepto de daño moral y la posibilidad de su indemnización desde las Sentencias del Tribunal Supremo de España de 6 de diciembre de 1912 y 19 de diciembre de 1949, al declarar que aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código Civil, tiene adecuado encaje en la exégesis de ese amplísimo «reparar el daño causado» que emplea en su artículo 1902 y que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (SSTSE de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996, 19 de octubre de 2000 y 9 de diciembre de 2003. Esta última sentencia, así como, por ejemplo, la de 22 de febrero de 2001, se refieren al daño moral como dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece).

Ya en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de junio de 1984 se decía que la construcción del daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de la jurisprudencia y que en la actualidad predomina la idea del «daño moral» representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona propietario, etc.).

En la misma línea de esfuerzo por acotar el concepto de daños

morales, dice la STSE de 30 de julio de 2001 que son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. En similar sentido, otras sentencias, como las SSTSE de 22 de mayo de 1995, 24 de septiembre de 1999, 31 de mayo de 2000 y 11 de noviembre de 2003, hablan de padecimiento o sufrimiento psíquico ó espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc.

La sentencia de 31 de octubre de 2002 fija con claridad y, de algún modo, por exclusión el concepto de daño moral como opuesto a patrimonial, al decir que no comprende aspectos del daño material y que si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual, por lo que hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona, como es el caso del honor, intimidad e imagen, ó el de la muerte del ser querido. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.

En referencia a un supuesto concreto como el de una deficiente asistencia sanitaria, se dice en la STSE de 22 de febrero de 2001 que el daño moral consiste en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia.

2. La reparación del daño moral.

Una vez acotado el concepto de daño moral y facilitado el instrumento para verificar su existencia, se ha suscitado la cuestión acerca de la posibilidad de su indemnización.

En sentido opuesto, se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa[4]. Desde esta perspectiva, siendo inmateriales los derechos perjudicados por el daño moral, la reducción de la reparación a términos meramente económicos supone la vulgarización de tan elevados sentimientos.

En sentido contrario y por lo tanto favorable a la reparación

4. GARCÍA LÓPEZ: "Responsabilidad civil por daños morales". Ed. Bosch, Barcelona 1990.

de esta clase de daño, se sostiene que el acogimiento de la tesis que podemos denominar de la «satisfacción» implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial, es decir, una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes[5].

La jurisprudencia es claramente favorable a la indemnización de estos perjuicios. El Tribunal Supremo español decía en su Sentencia de 7 de febrero de 1962 que «el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral». Por no hacer más extensa la referencia, baste con citar las STSE de 31 de mayo de 1983 y 25 de junio de 1984, al decir que "ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucrum cesans» y/o del «damnum emergens», la doctrina jurisprudencial ha arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

En el derecho positivo Salvadoreño no cabe ninguna duda acerca de la posibilidad de indemnizar los daños morales. En primer lugar, porque así viene admitido expresamente en la Constitución, cuyo artículo 2 dice que "Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral", siendo varios los preceptos que se refieren a la reparación de dichos perjuicios en casos específicos, como enseguida veremos.

Por lo tanto, debemos admitir la posibilidad de indemnización de los daños o perjuicios morales, no patrimoniales. Aunque no suponga dejar zanjados todos los problemas, pues se plantean a continuación los atinentes a su prueba y a su evaluación indemnizatoria.

5. DE ANGEL YAGÜEZ: "Perjuicios morales y de disfrute o placer", en RES, núm. 75, julio-septiembre 1993. Madrid.

3. El daño moral en los conflictos familiares: aproximación al Derecho Salvadoreño.

A diferencia del silencio que guarda el legislador Salvadoreño en los cuerpos legales clásicos, en los códigos modernos no faltan las referencias a los daños morales y a su indemnización, lo que supone su clara recepción. Nos ceñiremos a la legislación de familia.

En este sentido, el artículo 63.5 del Código de Familia, al referirse a los bienes de propiedad privada de cada cónyuge en el régimen de comunidad diferida, se refiere a la indemnización por daños morales abonada a cada cónyuge.

En el artículo 122 CF se concede derecho al compañero de vida a reclamar indemnización por los daños "morales y materiales" que hubiera sufrido a consecuencia de la muerte de la persona a la que estaba unido por la relación extramatrimonial legalmente regulada.

El artículo 386 CF garantiza la protección del menor contra todo daño físico o moral, proveniente de las personas mayores o de otros menores.

Pero lo que ahora interesa es abordar la posibilidad de reclamar por los daños morales sufridos en el ámbito de las relaciones familiares y, por lo tanto, como consecuencia de un conflicto familiar.

Distinguiremos el tratamiento legal de la cuestión en dos planos, ambos en el ámbito de las relaciones familiares: el matrimonial y el de la relación paterno-filial o, más bien, el de la declaración de su existencia.

a) Matrimonio

En la disciplina del matrimonio, el único precepto que se refiere a la reparación por daños morales es el artículo 97 CF, y tan sólo para los casos de nulidad matrimonial cuya causa sea reprochable a uno de los contrayentes, por lo que se considera al otro perjudicado.

Dice el artículo 97 CF que "El contrayente que resultare culpable de la nulidad del matrimonio, será responsable de los daños materiales o morales que hubiere sufrido el contrayente de buena fe".

---

6. Aunque el reconocimiento del derecho a indemnización a favor del cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial ya era práctica jurisprudencial antes de la reforma que en el C C español introdujo la

Se trata de un precepto similar, que no idéntico, al de artículo 98 del Código Civil español, que establece que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal[6]. De todos modos, son relevantes las diferencias, por cuanto la ley española no precisa que se indemnicen los daños morales y, además, exige convivencia y remite a los criterios de fijación de la pensión compensatoria. Se ha puesto de relieve por la doctrina española que este precepto (Art. 98 CC español) no responde a dos cuestiones que se encuentran interrelacionadas, como son la de cuál es el fundamento de la indemnización y la de si sólo puede ser deudor de la misma el cónyuge de mala fe[7]. Por una parte, no tiene la misma finalidad que la pensión compensatoria, pues no tiene derecho a indemnización el cónyuge de mala fe, aunque sea el que sufra tal empeoramiento, y sí lo tiene el de buena fe frente al de mala fe, aunque sea éste y no aquel el que haya sufrido el empeoramiento. Su fundamento se encuentra en las consecuencias perjudiciales que la nulidad del matrimonio le ha supuesto al de buena fe sobre la base de la convivencia conyugal y la mala fe de su consorte. En consecuencia, lleva implícita la idea de sanción de la mala fe, pero también la de resarcimiento, y de ahí la referencia a las circunstancias que determinan la fijación de la pensión compensatoria. Se trata, ciertamente, de resarcimiento de perjuicios, pero ha de entenderse que estos daños no tienen que ser necesariamente patrimoniales o, en todo caso, que no tienen que ser exclusivamente patrimoniales, por lo que tiene aquí cabida la reparación de daños morales. Refiriéndonos a la jurisprudencia española, las STSE de 10 de marzo de 1992 y 1 de julio de 1994 consideraron que este derecho era una indemnización, aunque sostiene un importante sector doctrinal que su naturaleza es más punitiva o sancionadora que resarcitoria[8]. Dice la citada STSE de 10 de marzo de 1992 que "La indemnización que dicho Art. 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, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido

---

Ley de 7 de julio de 1981. Se basaban en el Art. 1902 CC regulador de la indemnización por culpa extracontractual; p. ej. STSE de 26 de noviembre de 1985.

7. MONTES PENEDÉS, ROCA TRÍAS: "Derecho de familia", epígrafe 12.23, en www.tirantonline.com.

8. Así, BERCOVITZ CANO, R.: "Comentarios al Código Civil", Coordinador. Ed. Aranzadi. Pamplona 2001.

el otro consorte de buena fe".

La regulación de la materia en el Código de Familia salvadoreño tiene en común que el derecho a la indemnización se reconoce solamente a favor del contrayente de buena fe y a cargo del que hubiere sido culpable de la nulidad. Esto es, de quien haya sido responsable de la fuerza física o moral que forzó el consentimiento del otro, o de quien haya provocado el error (Art. 93 CF).

Pero se trata de una disciplina por varias razones distinta. En primer lugar, porque no solamente deberá acreditarse la buena fe del cónyuge reclamante, sino también que existió por parte del otro la mala fe que es presupuesto de la obligación de indemnizar. Pero, sobre todo, porque declara indemnizables los daños materiales y los daños morales, lo que supone el establecimiento de dos clases de perjuicios y de un claro criterio diferenciador. Por una parte, cabe la reparación de los perjuicios materiales o patrimoniales, cuya cuantía deberá ser probada cumplidamente. Por otra, se establece la indemnización por daños morales, cuyos criterios probatorios habrán de ser diferentes, en la medida en que deberá el juez ponderar si el cónyuge culpable de la nulidad ocasionó perjuicios de índole no patrimonial y cuál fue su entidad, a fin de con tal base fijar la indemnización ya que, a diferencia del Art. 98 CC español no se establece la referencia valorativa a los criterios de fijación de la pensión compensatoria.

b) Filiación

El artículo 150 del Código de Familia dispone, al regular la acción de declaración de paternidad, que "Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley".

En la medida en que ahora solamente interesa la previsión referente a la indemnización de los daños morales y que la claridad del texto legal evita el planteamiento de cualquier cuestión acerca de su admisibilidad, cabe decir que por tales daños no patrimoniales ha de entenderse la zozobra, la inquietud y la incertidumbre acerca de la real existencia de la relación paterno filial provocada por la negativa del padre. Puede también considerarse perjuicio de naturaleza moral el desprestigio que en su medio social hayan podido experimentar la madre o el hijo por el desconocimiento de la filiación biológica de éste.

Pero, como es obvio, deberá probarse tanto la existencia, como la entidad del daño moral. La existencia por ser el presupuesto de la reparación y la entidad por ser determinante de su cuantía.

4. ¿Previsión legal abierta o exhaustiva y cerrada?

Ya hemos comprobado que en el derecho positivo de familia se reconoce expresamente la posibilidad de reclamar indemnización por daños morales en dos supuestos concretos, como son el de nulidad matrimonial, a favor del contrayente de buena fe y a cargo del culpable de la nulidad, y el de declaración de paternidad a favor del hijo y la madre y a cargo del padre que quiso negar el reconocimiento.

Se plantea a continuación la cuestión de si solamente en estos dos casos legalmente previstos cabe la reparación económica por daños morales que tengan su origen en conflictos de familia o si, por el contrario, cabe la posibilidad en cualquier otro en que alguien entienda que en el marco de las relaciones familiares se le han irrogado perjuicios de carácter moral. En la específica regulación de las relaciones familiares, y aunque sin expresa referencia al daño moral, se permite reclamar indemnización a quien fue demandado como presunto padre (Art. 155 CF) y a quien sufrió medidas cautelares acordadas a partir de una falsedad (Art. 81 LPF).

Una aproximación a la jurisprudencia comparada y, concretamente, a la española, muestra la existencia de ciertas reticencias a la admisión de la posibilidad de que las irregularidades o los comportamientos reprochables en el seno de la familia puedan generar, además de la consecuencia legalmente prevista de la separación matrimonial o del divorcio, un derecho a la exigencia de indemnización por el concepto de daño moral. Y más negativa es, si cabe, dicha tendencia, cuando ni siquiera existe un previo vínculo matrimonial.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 9 de abril de 1979 se negó la indemnización exigida tras la ruptura de una relación extramatrimonial, porque ni siquiera se admitió por el tribunal la existencia de daño, al decir que "lo único que resulta es el hecho de unas relaciones sexuales mantenidas voluntariamente por dos personas mayores de edad (...) interrumpidas bastante tiempo después de que la demandante (recurrente) supiese que él estaba casado". Y la STSE de 30 de julio de 1999 negó la posibilidad indemnizatoria en un caso de infidelidad conyugal, ni al amparo de la norma reguladora de la pensión compensatoria (Art. 97 CC), ni tampoco de la genérica que obliga a la indemnización del daño contractual al amparo del Art. 1101 CC ("por más que se consideren contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio"), por entender que la única consecuencia legalmente prevista par a el caso de incumplimiento grave de los deberes conyugales es la separación matrimonial, pero no una reparación económica, "pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría

a indemnizar".

Sí se ha considerado la posibilidad real de compensación económica en casos de ruptura de la unión extramatrimonial a favor del perjudicado por la ruptura (normalmente la mujer). Pero no con base en el daño moral sino, en todo caso, en el enriquecimiento injusto generado a favor de uno de los integrantes de la unión con el trabajo y las aportaciones del otro (p. ej. SSTSE 18 de mayo de 1992, 27 de marzo y 5 de julio de 2001, 17 de junio de 2003, 5 de febrero de 2004).

En la sentencia de 26 de noviembre de 1985, referida a hechos anteriores a la modificación legal de la que resultó el artículo 98 del Código Civil, el Tribunal Supremo español reconoció el derecho a ser indemnizada de la mujer que contrajo matrimonio que luego fue declarado nulo, porque el esposo se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente hubiera impedido la celebración de la boda (...) de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte. (...)Amparándose en la realidad sociológica actual, pluralista, liberal y abierta, en casos como el ahora contemplado origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral, como consecuencias de carácter patrimonial resultantes de la conducta dolosa de la otra parte, y ello sin considerar la unión matrimonial como únicamente determinada por una perspectiva de ganancias o adquisiciones para la mujer, en cuanto que para ésta, a la idea lucrativa o de asistencia material, ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida. De ahí que la indemnización haya de determinarse en estos casos no sólo atendiendo a criterios puramente materiales, sino que éstos muchas veces tendrán menos importancia que los espirituales".

Desde el punto de vista estrictamente normativo salvadoreño, una vez que la posibilidad de indemnizar el daño moral se reconduce a la regulación de las consecuencias reparadora de los perjuicios causados por culpa extracontractual o cuasidelito (Arts. 2065 y ss. CC), no existen motivos legales para excluir "a priori" la posibilidad de indemnizar el daño moral en supuestos diferentes a los previstos en los artículos 97 y 150 CF, antes examinados.

Cuestión distinta es que, aun admitiendo que los conflictos que se producen en el seno de la familia pueden tener un reflejo en términos de daño moral, psíquico o no patrimonial, razones de oportunidad y, sobre todo, el interés en no contrariar la finalidad perseguida por el conjunto de la específica legislación familiar, aconsejen extremar la prudencia en la concesión de indemnización por daños

morales producidos en el ámbito familiar.

Hay que tener en cuenta que es finalidad declarada de las normas legales que disciplinan las relaciones familiares la búsqueda de formas de composición y solución de los conflictos lo menos traumáticas posibles. En este sentido, adviértase que se admite tanto el divorcio por muto consentimiento (Art. 108 CF), como la existencia en el divorcio contencioso de acuerdos sobre determinada materias (Art. 111 CF). En la misma línea, admite el artículo 84 LPF que las partes concilien en cualquier estado del proceso antes del fallo de primera instancia y transijan antes de que la sentencia definitiva quede ejecutoriada, aunque con el límite del perjuicio a derechos irrenunciables, y se regula en el proceso de familia una fase conciliatoria (Arts. 102 y ss. LPF).

En este contexto normativo, que persigue la evitación de conflictos frontales y estimula la conciliación y la transacción, generalizar la posibilidad de señalar un responsable a quien, además, exigir una indemnización en términos económicos contribuiría a agravar los conflictos existentes, si no a provocar el nacimiento de otros.

Por este motivo, debe extremarse la prudencia en la concesión de indemnización por daños morales generados en el ámbito familiar, que la práctica judicial debería limitar a los casos especialmente graves o lacerantes. Una actitud judicial excesivamente "generosa" al respecto podría dar lugar a que un gran número de pretensiones de divorcio se condujeran por la vía contenciosa y en base a la alegación de hechos afrentosos, con la expectativa de obtener un lucro y, en definitiva, podría abocar al fracaso en el logro de la finalidad perseguida por la legislación familiar.

5. Algunas cuestiones procesales.

Admitida la posibilidad de reclamar indemnización por daños morales que tengan su origen en conflictos familiares, su realización práctica no está exenta de algunos problemas y dificultades procesales relativos, entre otros, a la prueba y valoración del daño, el cauce procesal para hacer valer el derecho a la indemnización y la prescripción de la acción.

A) Prueba

La reclamación de indemnización por daño moral no se sustrae a los principios que son propios del proceso civil, por lo que ahora interesa los de aportación de parte y carga de la prueba, en virtud de los cuales el juez debe resolver sobre los elementos que las partes han puesto a su disposición y al actor incumbe la acreditación de los

hechos en que sustente su pretensión (Art. 237 CPC).

Como bien dice la Sentencia Tribunal Supremo de España de 14 de diciembre de 1993, el daño moral ha de constatarse, como presupuesto que es de la indemnización.

Ello no supone desconocer las peculiaridades que presenta la prueba del daño moral que, por su propia naturaleza, no puede equipararse a la de, por ejemplo, la existencia de un contrato generador de un crédito. Cuando el daño moral emane de un daño material (STSE de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «in re ipsa loquitur», o cuando se da una situación de notoriedad (STSE de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible "a priori" una concreta actividad probatoria, lo que dependerá de las circunstancias concretas del caso.

La exigencia probatoria, cuando se trate de la acreditación del daño moral, no ha de ser inmutable, sino sensible a las circunstancias de cada caso. Se recuerda por ello en la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 31 de mayo de 2000, que "la temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Por ello unas veces se indica que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STSE 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STSE 15 febrero 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STSE 3 junio 1991). Mientras que en otros casos se exige la constatación probatoria (STSE 14 diciembre 1993), o no se admita la indemnización –compensación o reparación satisfactoria– por falta de prueba (STSE 19 octubre 1996).

Termina señalando esta STSE de 31 de mayo de 2000 que lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (STSE 23 julio 1990, 29 enero 1993, 9 diciembre 1994 y 21 junio 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994.

La STS de España de 22 de febrero de 2001 señala que el problema del daño moral transita hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser –en lo posible– objeto

de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, sin que deba olvidarse que en tema de daños y como criterio general rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento. "Por tanto (dice la STSE que se acaba de citar), dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño".

Acerca de la prueba del daño, se dice en la STSE de 10 de julio de 2003 que aunque los daños y perjuicios han de ser probados y derivados del incumplimiento, cabe establecerlos por presunciones, si el enlace es lógico (Sentencias de 5 de junio de 1985 y 17 de septiembre de 1987).

Con ello puede llegarse a la conclusión de que es posible presumir la existencia del daño a partir de la acreditación de que se produjeron determinados hechos que naturalmente debieron producir sentimientos de zozobra, angustia o sufrimiento.

Aun admitiendo la variedad de enfoques y exigencias posibles, acomodables a cada caso concreto, termina afirmando la STSE de 11 de noviembre de 2003 que la jurisprudencia exige acreditar la realidad y alcance del daño y es aplicable al daño moral.

En definitiva, no se trata de que no sea necesario acreditar el daño moral, sino más bien de que la exigencia probatoria a imponer en cada caso no puede prescindir de las circunstancias del caso concreto sometido al tribunal.

B) Valoración

Si espinosa puede parecer la cuestión atinente a la prueba del daño moral, más lo es la de su evaluación, que será al cabo la determinante de la cantidad objeto de condena.

Hemos de partir de dos premisas:

a. La reparación por daño moral no responde a la finalidad

propia de la indemnización que, como su denominación indica, tiene por fin y objeto dejar al perjudicado indemne, es decir, libre de daño, en la situación previa a la irrogación del perjuicio que ha sufrido. En propiedad, el daño moral ya no es reparable, porque no es posible retornar al momento previo al sufrimiento moral que ha experimentado el perjudicado. No se persigue la reparación y la vuelta a la situación preexistente, sino solamente compensar económicamente a quien ha experimentado el daño moral o, como antes se ha dicho, proporcionar una satisfacción que pueda contrarrestar el daño sufrido.

b. Aunque el daño moral afecta a bienes no patrimoniales, su indemnización ha de responder a un interés económico claro, existente y demostrable. No es misión de los tribunales resolver sobre pretensiones simbólicas o carentes de real contenido económico. Como bien dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 14 de diciembre de 1993, el daño moral ha de constatarse, como presupuesto que es de la indemnización, y ha de existir un interés jurídicamente relevante, que en el caso a examen se concluyó que no podía serlo la reclamación de "seis pesetas de indemnización, por mucha satisfacción moral que tal condena produzca, pues tal satisfacción ya se consigue con el reconocimiento del derecho, (...) Los órganos de la jurisdicción, lo mismo que no resuelven sobre cuestiones académicas o disputas doctrinales tampoco están instituidos para imponer condenas simbólicas sin otra eficacia real que la de dar respuesta a sentimientos que por muy legítimos que sean, escapan de la órbita de lo jurídico, razón última que impide utilizar a los tribunales, en su apoyo.

Con tales presupuestos, no debe pasarse por alto que, como se dice en la STSE de 14 de diciembre de 1996, la propia relatividad e imprecisión del concepto «daño moral» impide una estricta y exacta traducción a lo económico, que por ello se deja a la decisión de los tribunales de instancia y se sustrae al recurso de casación.

La STS de España de 22 de febrero de 2001 recuerda anteriores criterios jurisprudenciales, como el de la Sentencia de 21 de octubre de 1996, que señaló que aunque la legislación prevea expresamente la producción de daños materiales, no cabe desconocer la existencia de otros daños, efectivos pero de no apreciación tangible –los llamados daños morales–, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva. Se considera, por ello, que la cuantificación depende de los tribunales de instancia, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, como viene sosteniendo invariablemente la jurisprudencia.

Cierto es que la valoración de los daños morales no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas. Pero, como recalca la STSE de 9 de diciembre de 2003, "no por ello se ata a los Tribunales y se

les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (Sentencias de 3-6-1991, 3-11-1995, 21-10-1996 y 19-10-2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro.

C) ¿Proceso autónomo?

Tanto si se limita la posibilidad de reclamar indemnización por los daños morales derivados de los conflictos familiares a los casos de nulidad matrimonial y de declaración judicial de filiación, como si se deja abierta dicha posibilidad a todos los casos en que se estime que el conflicto ha generado daños morales dignos de ser compensados económicamente, considero que la reclamación ha de formularse de forma autónoma, en un proceso independiente y, por ello, al margen del de orden familiar en el que se haya resuelto el concreto conflicto familiar.

En primer lugar, no hay razón procesal para que la reclamación indemnizatoria se sustancie en el seno del proceso de familia, del que no es ni requisito, ni consecuencia necesaria.

En segundo término, el cauce autónomo de reclamación puede evitar la producción de interferencias entorpecedoras, toda vez que por lo general los hechos a los que se anuda la producción del daño moral y que, por lo tanto, han de ser su presupuesto, serán el objeto de pleito de familia, de suerte que la petición de compensación económica se fundamentará muy especialmente en los hechos que hayan sido acreditados en el previo proceso familiar.

D) Prescripción

Como es bien sabido, la prescripción de la acción civil encuentra su fundamento en razones de seguridad jurídica y en la llamada presunción de abandono del derecho a partir de su no ejercicio durante el plazo marcado en la ley. Y, como recuerda la STSE de 26 de diciembre de 1995, entre otras muchas, puesto que no se funda en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y abandono del derecho subjetivo, su aplicación por los Tribunales debe ser cautelosa y restrictiva.

No debe perderse la perspectiva de que la acción de reclamación de compensación económica por daños morales sufridos

como consecuencia de conflictos familiares es de naturaleza extracontractual o, como la denomina el Código Civil Salvadoreño, nacida de cuasidelito (Arts. 1308, 2035, 2065 C. Civil).

Por lo tanto, el plazo prescriptivo será el de tres años que marca el artículo 2083 CC.

Sin embargo, no cabe desconocer que puede plantear un problema la interpretación y la aplicación al caso de los artículos 2083 CC, que dispone que el término inicial del cómputo del plazo es el de "la perpetración del acto", y el artículo 2253 CC, que dice que el plazo para la prescripción debe contarse "desde que la acción o derecho ha nacido".

Se trata de dos criterios que no siempre han de coincidir. Piénsese que el hecho generador del daño moral (el matrimonio luego declarado nulo, la negativa al reconocimiento de la paternidad) se puede haber cometido en un momento determinado, mientras que la constatación judicial del mismo que ha de ser presupuesto de su exigibilidad tiene lugar con posterioridad, cuando se dicta la sentencia y esta gana firmeza. En estos casos, parece que la comisión del acto dañoso ha sido anterior al nacimiento de la acción o, más bien, al momento en que pudo ejercitarse la misma con ciertas perspectivas de éxito. Puede así suceder que nazca la acción (Art. 2253 CC) cuando ya ha transcurrido el plazo prescriptivo contado desde la comisión del hecho dañoso (artículo 2083 CC).

Y aunque parece que, con arreglo a criterios generalmente admitidos, sería de aplicación preferente el articulo 2083 CC, en virtud del principio de especialidad, considero que la armonización de ambos preceptos y la evitación de que en no pocas ocasiones resulte frustrado el justo derecho al resarcimiento pasa por entender que, en propiedad, el hecho generador del derecho se produce cuando adquiere firmeza la sentencia que declara la existencia de aquél. Esto es, cuando mediante el ejercicio de la acción puede lograrse la efectividad del derecho.

E) Sucesión procesal

En principio, no ofrece grandes dudas la posibilidad de que, una vez recaída sentencia firme condenatoria al pago de indemnización por daños morales, la muerte del declarado responsable da lugar a que la obligación de pago se transmita a sus herederos, por estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 952 del Código Civil.

Sin embargo, suscita más reticencias, cuando no una frontal oposición, la posibilidad de que, si en el curso del proceso y antes de

dictarse sentencia fallece el demandado, pueda seguirse el pleito en contra de sus herederos e incluso dictarse sentencia en virtud de la cual sean estos los condenados al pago de la indemnización. Se ha dicho en contra que, siendo de carácter personalísimo e intransmisible la responsabilidad por daños morales, no es posible esta condena de los herederos que no son personalmente responsables del daño moral causado al no haber sido actores de los hechos que lo generaron, de suerte que una condena en tales circunstancias podría dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales[9].

Sin embargo, y en contra de tan restrictiva postura, conviene precisar desde ahora que una cosa es el derecho personalísimo dañado y cuyo perjuicio fundamenta la reclamación indemnizatoria por daño moral y otra el derecho a la percepción de la indemnización económica y, en su caso, la obligación de hacer frente a la misma.

Varios son los argumentos que, tomado aisladamente cada uno de ellos y con más fuerza si se esgrimen en conjunto, abonan la posibilidad legal de que, sin lesión alguna de derechos fundamentales ni garantías procesales, una vez fallecido el demandado como causante del daño moral, prosiga el proceso en contra de sus herederos y, en su caso, se dicte contra éstos la eventual sentencia condenatoria:

a. En primer lugar, basta para ello acudir a la institución de la sucesión procesal contemplada en el artículo 18 de la Ley Procesal de Familia, que dispone que "Cuando la parte falleciere o fuere declarada su muerte presunta, el proceso continuará con sus herederos o con quienes representen a la sucesión, siempre que la naturaleza de la pretensión lo permita". Y, por lo que enseguida se dirá, el supuesto de referencia no es de aquellos en que la "naturaleza de la pretensión" impida la sucesión procesal.

b. En segundo término, a la misma conclusión se llega a partir del contenido del artículo 952 CC que, al referirse a la sucesión a título universal, indica que mediante la misma se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones.

c. Por otra parte, puesto que la posibilidad legal de obtener la correspondiente reparación económica por daño moral (y la correlativa de ser obligado al pago de la correspondiente indemnización por haberlo causado) se reconduce por doctrina y jurisprudencia a la disciplina de la culpa extracontractual o por cuasidelito (Arts.. 2065 y ss. CC), es forzoso recordar que dispone el artículo 2067 CC que resulta obligado al pago de la indemnización "el que hizo el daño, y

9. Se pronuncia en contra de esta posibilidad ACOSTA BAIRES, Julio E.: "Algunas líneas sobre el daño moral en nuestra legislación familiar"; en página web del Centro de Documentación Judicial, Sección Doctrina ().

sus herederos". Por lo tanto, la obligación de indemnizar por daño moral es exigible al causante en primer lugar, pero también a sus herederos en su caso.

d. Por último, y puesto que en ocasiones la tesis opuesta a la posibilidad de sucesión en la responsabilidad invoca el carácter personalísimo e intransmisible de la generada por la causación del daño moral, es forzoso recordar que nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad civil, que es transmisible por esencia. Hasta el punto de que, por ejemplo, mientras sí es personalísima e intransmisible la responsabilidad penal, muy diferente es la disciplina legal que regula la responsabilidad civil derivada del delito. Así:

- La extinción de la responsabilidad penal (Art. 96 CP) no conlleva la extinción de la civil, que se rige por las leyes civiles, tal como dispone el artículo 125 del Código Penal.

- Ni siquiera la exención de responsabilidad penal por las causas 3, 4 y 5 del artículo 27 CP (estado de necesidad, enajenación e inexigibilidad de otra conducta) da lugar a la desaparición de la responsabilidad civil generada por el hecho típico, que deberá satisfacerse con arreglo a las normas del artículo 117 del Código Penal.

- No es diferente la regulación de la indemnización de los perjuicios morales generados por el hecho penalmente ilícito, pues la responsabilidad civil derivada del delito comprende el daño moral (Art. 115.3 CP) y respecto del mismo no se establece un especial tratamiento normativo.

- Adviértase, finalmente, que con arreglo al artículo 122 del Código Penal, "La obligación de la reparación civil recae sobre la sucesión del deudor y grava los bienes sucesorales, transmitiendo la misma a sus herederos en cuanto a los bienes heredados; y el derecho de exigirla lo tendrán los herederos del ofendido, si éste hubiere fallecido".

Por lo tanto, no hay argumentos jurídicos para rechazar la transmisión a los herederos de la responsabilidad en la reparación del daño moral, sin perjuicio de que, siquiera por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 122 CP y existiendo identidad de razón, sea conveniente limitar la responsabilidad de los herederos al valor de los bienes y derechos objeto de la herencia recibida del causante del daño moral.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA (ESPAÑOLA)

Las cuatro primeras sentencias de las cinco que siguen, todas ellas seleccionadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, aunque no tratan sobre la indemnización por el daño moral producido en conflictos familiares, permiten una aproximación al concepto de daño moral, su carácter extrapatrimonial y la evaluación a los fines indemnizatorios.

La última sentencia, muestra de los criterios restrictivos al respecto del Tribunal Supremo Español, trata de un supuesto en el que se denegó la indemnización del daño moral que el demandante basaba en la infidelidad de la esposa.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 139/2001 (Sala de lo Civil), de 22 febrero de 2001

Jurisdicción: Civil

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

La presente sentencia examinó un supuesto de daño moral sufrido a consecuencia de las graves lesiones sufridas por la caída desde una terraza de un hotel al romperse la barandilla. Se analiza el contenido y el alcance de los daños morales.

Los antecedentes de hecho cuyo conocimiento es necesario para el estudio de la Sentencia se relacionan en sus fundamentos de derecho primero y segundo.

Los demandantes y la codemandada «Botafoch, SL» interponen recurso de casación contra la Sentencia dictada el 23-12-1995, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por los actores y desestima el interpuesto por la codemandada.

En la Villa de Madrid, a veintidós de febrero de dos mil uno. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de Juicio Declarativo de mayor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Ibiza, sobre reclamación de cantidad;

cuyos recursos fueron interpuestos por la entidad Botafoch, Sociedad Limitada (antes Botafoch, Sociedad Anónima), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel J. C.; y por don David y doña Helen C., representados por el Procurador de los Tribunales don José T. M.; siendo parte recurrida Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Katiuska M. M.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, fueron vistos los autos, juicio declarativo de mayor cuantía, promovidos a instancia de don David y Helen C., contra Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA sobre reclamación de cantidad.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia condenando a los demandados a pagar a los demandantes las sumas relacionadas en el suplico del escrito de demanda, con expresa condena en costas.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de ambos demandados contestaron a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Por las partes se evacuaron la réplica y dúplica, y abierto el juicio a prueba, previa declaración de pertinencia, se llevaron a la práctica las admitidas a los litigantes, con el resultado que obra en autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Asunción G. C., en nombre y representación de don David C. y doña Helen C. contra la entidad Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones de la actora, imponiendo a esta última las costas causadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO.- Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación por la actora, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 1995, cuyo fallo es como

sigue: «Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Miguel A. S. en nombre y representación de don David y doña Helen C., contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 1993, que revocamos y quedamos sin efecto. Y en su lugar dictamos otra con los siguientes pronunciamientos:

1.–Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por los actores-apelantes, contra Botafoch, SA y Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros, condenamos a las demandadas en forma solidaria; y para la compañía aseguradora hasta el máximo asegurado a pagar las siguientes cantidades:

A) A don David C.: 310.772 ptas., por gastos médicos. 1.328.000 ptas., por incapacidad temporal. 15.936.186 ptas., por gastos futuros de asistencia de una tercera persona (enfermera o asistenta). 930.000 ptas., por gastos médicos, farmacológicos y ortopédicos futuros. 24.586.400 ptas., por incapacidad permanente. 10.000.000 de ptas., para la adaptación de su vivienda.

B) A Helen C.: 7.000.000 de ptas., en concepto de daño moral.

2.–Condenamos solidariamente, en la proporción establecida a los demandados, al abono de interés legal, desde la firmeza de esta resolución.

3.–No hacemos imposición de las costas ni de la primera, ni de la segunda instancia».

TERCERO.- La Procuradora de los Tribunales, doña Isabel J. C., en nombre y representación de la entidad Botafoch, Sociedad Limitada (antes «Botafoch, Sociedad Anónima»), formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

«I.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por interpretación y aplicación indebida del Art. 1214 del CC y de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta (Sentencias del TS 30 mayo 1994 [RJ 1994\3759; RJ 1994\3762 y RJ 1994\3764] y 30 de marzo 1995 [RJ 1995\2790]; Sentencia del TC 3 junio 1991 [RTC 1991\122]; Sentencias del TS 4 enero 1916, 8 abril 1983 [RJ 1983\2107], 9 diciembre 1985 [RJ 1985\6425], 28 abril 1997 [RJ 1997\3408], 1 de marzo 1995 [RJ 1995\3131], 30 marzo 1995).

II.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo (que no puede ser objeto de aplicación en el presente caso).

Invoco como soporte jurisprudencial de este motivo las siguientes sentencias: 8 junio 1992 (RJ1992\5169), 8 mayo 1986 (RJ 1986\2669), 11 mayo 1983 (RJ 1983\2683), 16 febrero 1988 (RJ 1988\1994), 18 abril 1990 (RJ 1990\2726), 5 julio 1991 (RJ 1991\5568), 26 enero 1990 (RJ 1990\69), 20 enero 1992 (RJ 1992\192), 9 julio 1994 (RJ 1994\6302), 14 julio 1995 (RJ 1995\6008), 13 noviembre 1995 (RJ 1995\8225), 14 noviembre 1994 (RJ 1994\9321), 6 mayo 1994 (RJ 1994\3888), 12 julio 1994 (RJ 1994\6390), 5 diciembre 1994 (RJ 1994\9406), 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8760) y las demás que se citarán.

III.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 de la LECiv, por infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de un "reproche culpabilístico" al eventual responsable y de un "nexo causal" entre la acción y el resultado dañoso (requisitos que no pueden ser suplidos por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba). Invoco como soporte jurisprudencial de este Motivo las siguientes sentencias del TS: 10 de febrero de 1988 (RJ 1988\935), 27 octubre de 1990 (RJ 1990\8053), 25 febrero 1992 (RJ 1992\1554), 24 enero 1995 (RJ 1995\165), 9 julio 1994, 20 junio 1994 (RJ 1994\6026), 14 febrero 1994 (RJ 1994\1468), 5 diciembre 1994, 3 mayo 1995 (RJ 1995\3890), 29 mayo 1995 (RJ 1995\4136), 19 junio 1995 (RJ 1995\4927), 27 septiembre 1995 (RJ 1995\6672) y las demás que se citarán en este escrito.

IV.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv por infracción por aplicación indebida del artículo 1902 del CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de la existencia de un daño ("resultado dañoso"). Invoco, al efecto, las siguientes sentencias del TS: 22 mayo 1995 (RJ 1995\4089), 17 octubre 1991, 15 octubre 1912, 2 febrero 1960 (RJ 1960\456), 6 octubre 1961 (RJ 1961\3592) y 11 marzo 1967.

V.–Al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la fijación del importe de la indemnización del daño».

Asimismo, el Procurador de los Tribunales don José T. M., en nombre y representación de don David y doña Helen C., formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos:

«I.–Por infracción de la Jurisprudencia establecida por este Alto Tribunal, respecto del daño moral o "pecunia doloris", susceptible de ser indemnizado por sí mismo, haciendo ineludible su concreción y cuantificación, considerando como norma infringida, además de la

doctrina reiteradamente favorable de la Sala de lo Civil, la del Art. 2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 (y ApNDL 2943), en cuanto declara como derecho básico de los consumidores y usuarios la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.

II.–Por infracción de la Jurisprudencia sobre aplicación analógica de las normas jurídicas, en relación al artículo 921 LECiv, considerando como norma infringida, además de este artículo, el Art. 4.1 del CC cuando la sentencia condena solidariamente a las entidades demandadas al abono del interés legal, desde la firmeza de la resolución, y no desde la fecha de la misma».

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora de los Tribunales, doña Katiuska M. M., en nombre y representación de Catalana Occidente de Seguros y Reaseguros, impugnó el recurso formalizado por don David y doña Helen C. Asimismo, los Procuradores doña Isabel J. C. y don José T. M., en nombre y representación de la entidad Botafoch, SL y de don David y doña Helen C. respectivamente, impugnaron el recurso formulado de contrario.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de Vista Pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero de 2001, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibiza, de 10 de diciembre de 1993, desestima la demanda interpuesta por los actores contra los demandados, en la que se reclamaba la indemnización por los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas por el actor don David C., al caer desde el balcón de la habitación núm. ..., del Hotel Caribe (Santa Eulalia) donde en esos momentos residía, decisión que fue objeto de apelación por los actores siendo parcialmente estimada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, en 23 de noviembre de 1995, condenando en forma solidaria a los demandados a abonar a los actores las cantidades que se indican y que han quedado transcritas; frente a cuya decisión se alzan los presentes recursos de Casación, interpuestos por la codemandada Botafoch, SL y, los actores señores C.

SEGUNDO.- Son «facta» determinantes para la decisión que se emite, los que constan en el F. 4º de la Sentencia de la Audiencia:

A) «... 1º) Que el día 17 de julio de 1988, el matrimonio compuesto por el señor C. y esposa, llegaron a las 17.00 horas al Hotel Caribe de el Cana, en Santa Eulalia (Ibiza) con el proyecto de disfrutar unos días de vacaciones, que habían contratado con la Agencia Redwing Holidays Limited t/a Flair Holidays, de Manchester; 2º) Se les asignó la habitación ..., situada en el piso quinto, que disponía de una terraza exterior con barandilla de una altura de 80 cm. y barra de madera, con anclaje metálico y de obra; 3º) Aproximadamente sobre las 1.00 horas del día 18 de julio, el marido salió a la terraza a fumar un cigarrillo. Y cayó desde la terraza al pavimento, ocasionándose muy graves lesiones; 4º) Resultó rota la barandilla y anclajes; 5º) fue ingresado a continuación en el Hospital de C'an Missies, que dispuso su traslado urgente al Hospital de la Seguridad Social "Son Dureta" de Palma, donde le fue diagnosticado el traumatismo padecido: Paraplejia por fractura del cuerpo de la vértebra lumbar segunda, fractura del hueso metacarpiano primero y calcáneo, insuficiencia respiratoria, y no funcionamiento de la vejiga. Donde, fue asistido e intervenido quirúrgicamente, hasta que el 26 de julio de 1988 es trasladado al Promenade Hospital de Southport. Donde fue tratado de sus lesiones y padecimientos, así como se le impartió un programa de rehabilitación; 6º) Fue dado de alta el 11 de diciembre de 1988, a los 166 días del accidente, restándole paraplejia bajo el nivel L-2, con incapacidad permanente, precisa de silla de ruedas para poderse mover, paralizado de cintura para abajo (permanecerá incapacitado seguramente para el resto de su vida); 7º) La sociedad Botafoch, SA, es propietaria del Hotel Caribe "Es Caná". Asegurado en la Cía. Catalana Occidente, SA de Seguros y Reaseguros, por la póliza número ... de responsabilidad civil extracontractual, de fecha 3 de mayo de 1991. Cuyas garantías fueron aumentadas en fecha 2 de noviembre de 1977, cuyas coberturas quedaron de la siguiente forma: máxima por siniestro: dos millones de pesetas; máximo por víctima: dos millones de pesetas, y máximo por daños materiales: dos millones de pesetas»;

B) La Sala «a quo», expresa que los citados hechos provienen «de los distintos medios probatorios, o admisión contraria», y añade lo siguiente, según su F. 5º: «De los hechos que se han expuesto y de la doctrina jurisprudencial, que impone la carga de la prueba; a la sociedad demandada, de justificar el perfecto estado, cuidado y mantenimiento de las barandillas de madera, cuyo cometido indudablemente le correspondía. Y cuya prueba no ha verificado satisfactoriamente...»; y en el F. 7º, razona: «... el actor, un varón, de 27 años, casado, sin hijos, dedicado a la construcción, con unos ingresos semanales de 32.628 ptas., en el año 1988. Vivía en una vivienda

unifamiliar, que actualmente resulta insuficiente para sus necesidades, porque disponía de dos plantas y se precisa grandes reformas y cuantiosas para su acomodación y que pueda ser utilizada en su nueva situación. De la joven esposa, se desconocen más datos, a salvo la carencia de descendencia, y su dedicación al marido».

C) En el F. 8º, se señalan las siguientes indemnizaciones: «a) 310.772 ptas., por gastos médicos; b) 1.328.000 ptas., por los 166 días de baja y asistencia médica; c) 16.866.186 ptas., por gastos médicos, reposición silla y contratación de tercera persona que le ayude; d) 24.586.400 ptas., por incapacidad permanente; e) 10.000.000 de ptas., para la adaptación de la vivienda; f) 7.000.000 de ptas., por los sufrimientos morales inferidos a la esposa. En total la cuantía de 60.091.358 ptas. Desestimándose las restantes peticiones por no suficientemente probadas, excesivas o estar ya contempladas en otras expresamente acogidas. Lo cual implica un acogimiento parcial del recurso con revocación de la sentencia de instancia».

TERCERO.- En el recurso de la codemandada propietaria del Hotel, Botafoch, SL, se articulan los siguientes Motivos:

En el motivo primero, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, por infracción por interpretación y aplicación indebida del Art. 1214 del CC y de la jurisprudencia que lo aplica e interpreta (Sentencias del TS 30 mayo 1994 [RJ 1994\3759; RJ 1994\3762 y RJ 1994\3764] y 30 de marzo 1995 [RJ 1995\2790]; Sentencia del TC 3 junio 1991 [RTC 1991\122]; Sentencias del TS 4 enero 1916, 8 abril 1983 [RJ 1983\2107], 9 diciembre 1985 [RJ 1985\6425], 28 abril 1997 [RJ 1997\3408], 1 de marzo 1995 [RJ 1995\3131], 30 marzo 1995), alegando que, sólo excepcionalmente, el Art. 1214 CC, puede servir de soporte al recurso de casación, por cuanto no contiene norma valorativa de la prueba y tiene carácter genérico, sí puede dicho Art. 1214 –continúa el Motivo– servir de fundamento a un recurso cuando, ante la ausencia de prueba de algún hecho determinante de la sentencia, se invierte el «onus probandi». haciendo constar que la S. 30 de marzo de 1995, aclara cuando se invierte la carga que al actor corresponde probar los hechos constitutivos de su derecho y al demandado la de los extintivos; y que, dentro de esta excepción que posibilita la fundamentación del recurso en el citado Art. 1214 CC, ha de incluirse evidentemente el supuesto de que el Tribunal «a quo», desatendiendo las «reglas de la sana crítica» (Arts.. 1243 del CC y 632 de la LECiv; 659 LECiv y 1248 del CC; y 1225 del CC, «a sensu contrario») o las reglas de la lógica y de la racionalidad, haya dado por probado un hecho decisivo determinante de la sentencia que en absoluto ha sido probado por quien lo alegó (y, con ello, haya desplazado

hacia la otra parte la carga de demostrar la no realidad del mismo) y que, en los presentes autos, pese a que su eje cardinal gira en torno a la existencia de una secuela tan grave como la expresada, «no se ha practicado prueba pericial médica alguna, ni obra en los autos dictamen médico alguno emitido ante el Juzgado»; aduciendo que, la motivación fáctica y jurídica de las sentencias constituye un mandato constitucional de inexcusable observancia (Art. 120.3 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]), y es evidente que no existe motivación fáctica si no se ponen en relación los medios de prueba con los hechos probados (que determinan el fallo) y no se explica en la sentencia cómo desde aquéllos se llega a éstos, bien con base en el convencimiento del Juzgador, bien con relación a las reglas legales; preguntándose, ¿cuál es la «prueba» en que el Tribunal «a quo» ha amparado su juicio de valor y le ha llevado a estimar como hecho probado la existencia del daño –esa paraplejia permanente, que precisa de silla de ruedas...–? (es un escrito o documento, redactado en inglés, de 6 hojas, acompañado con la demanda, obrante a los folios 31 a 39 de los autos); A continuación el Motivo se dedica a censurar el contenido de ese documento con acopio de una serie de sentencias y del recurso a la expresión «de los distintos medios probatorios resulta...» y, se termina afirmando «... sólo podrá atribuirse a tal documento valor probatorio en unión con otras pruebas practicadas en el proceso». Lo que, en el caso concreto que nos ocupa, equivale a decir y concluir que al no poderse unir o conjuntar con ninguna otra prueba practicada en el proceso carece del carácter de prueba, y no puede servir para formar la convicción del Juzgador. Hay que concluir, por todo lo razonado, que en el caso que nos ocupa se ha violado el Tribunal «a quo» el Art. 1214 CC, por cuanto, faltando la prueba de la parte actora, se han hecho recaer arbitrariamente las consecuencias de tal falta sobre la parte no obligada a demostrar; y que, por ello, no está probado el hecho («el resultado dañoso») que se alega como base de la exigencia de responsabilidad; El Motivo, pese a su exceso expresional y con una carga retórica no acorde con la prudencia generalizada en los escritos forenses, no se acoge, porque, por un lado, la Sala «a quo» omite el porqué llega a la convicción de que se ha acreditado el accidente causante de las lesiones que aquejan al actor, tanto por ese conjunto de pruebas –sin que sea preciso desmenuzarlas como se postula en el Motivo– y, sobre todo, cuando además y, es bien significativo, aplica correctamente el artículo denunciado 1214 CC, ya que era a la propia recurrente a la que le incumbía demostrar el hecho extintivo o neutralizante de la acción ejercitada, y que, en el caso de autos, supondría demostrar su diligencia en el estado de conservación de la barandilla sobre la que se cayó el actor, elemento, pues, de reprobabilidad y que, como se verá, desmonta el resto de los Motivos; esa apreciación culpabilística queda reflejada en el transcrito F. 5º, sin que sean atendibles los demás alegatos del Motivo cuya acogida equivaldría a subsumir a este Alto Tribunal en un «facere» de la instancia, por completo, improcedente.

CUARTO.- En el motivo segundo, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, la infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo (que no puede ser objeto de aplicación en el presente caso). Invoco como soporte jurisprudencial de este motivo las siguientes sentencias: 8 junio 1992 (RJ 1992\5169), 8 mayo 1986 (RJ 1986\2669), 11 mayo 1983 (RJ 1983\2683), 16 febrero 1988 (RJ 1988\1994), 18 abril 1990 (RJ 1990\2726), 5 julio 1991 (RJ 1991\5568), 26 enero 1990 (RJ 1990\69), 20 enero 1992 (RJ 1992\192), 9 julio 1994 (RJ 1994\6302), 14 julio 1995 (RJ 1995\6008), 13 noviembre 1995 (RJ 1995\8255), 14 noviembre 1994 (RJ 1994\9321), 6 mayo 1994 (RJ 1994\3888), 12 julio 1994 (RJ 1994\6390), 5 diciembre 1994 (RJ 1994\9406), 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8760) y las demás que se citarán; alegando que, la Sala «a quo» en su F. 3º, cimenta el fallo en la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo, de la socialización de la culpa o en base al factor benéfico (según se lee literalmente en dicho fundamento); que, entiende y sostiene, en contra del criterio de la Audiencia de Palma de Mallorca, que tal teoría de la responsabilidad por riesgo, no es aplicable a un supuesto de hecho como el que nos ocupa... y que, en efecto, una pacífica y consolidada doctrina del TS, reduce la aplicación de la responsabilidad por riesgo a aquellas actividades realmente creadoras de riesgo; remitiendo todas las restantes actividades y supuestos a la aplicación del principio culpabilístico tradicionalmente presente en la aplicación del Art. 1902 (principio, por lo demás, que nunca ha dejado de concurrir incluso en los supuestos de responsabilidad por riesgo); Seguidamente el Motivo en una vastísima exposición argumenta sobre la improcedencia de esta responsabilidad por riesgo aplicada, según el mismo, por la recurrida, que tampoco prospera, porque, la referencia que se hace a esta responsabilidad en ese F. 3º de la Sala «a quo», no es cabalmente cierta, ya que este Tribunal la alude como una especie más a tener en cuenta en un alegato ilustrativo sobre el siempre prolífico expediente de la responsabilidad (omnímodo Instituto que alberga la savia operativa de todo el Derecho positivo y que absorve el más completo acervo de la jurisprudencia civil) pues, centra su decisión en su posterior argumentación sobre la inversión de la carga de la prueba al decir en su F. 3º: «... Diversos criterios y pautas han seguido los Juzgados y Tribunales, siguiendo las orientaciones de la doctrina del TS, con base a unos u otros fundamentos, y aplicando unas u otras técnicas procesales –inversión de la carga de la prueba, o en conjunción con la prueba de presunciones– (Arts.. 1249 y ss. del CC). Por vía legal puede citarse en apoyo en favor de la tesis de la inversión de la carga de la prueba, una vez acreditado el daño (Art. 1214 CC), los Arts.. 26 y 27 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943), que recogen un sistema de mayor garantía para los usuarios –este caso de servicios–,

que ejerciten las acciones civiles derivadas, –p. ej. del Art. 1902 CC–. Mediante la inversión de la carga de la prueba, sobre las personas físicas o jurídicas que verifican la prestación de los mismos, de que ha cumplido en todo momento con los requisitos reglamentarios que sean exigibles o inherentes al servicio o actividad de que se trate»; y así, en coherencia con ello se explica el transcrito F. 5º que «a sensu contrario» demuestra cómo la conducta del recurrente no está desprovista del reproche culpabilístico afín de la aquiliana del 1902, porque no cumplió con sus elementales deberes de asegurar o conservar el perfecto estado o cuidar o mantener en debida forma la barandilla de madera por donde se cayó el demandante, circunstancias, pues, que apartan la asepsia de culpabilidad o razón de ser de la responsabilidad por riesgo por conductas neutras.

En el motivo tercero, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 de la LECiv, la infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC, y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de un «reproche culpabilístico» al eventual responsable y de un «nexo causal» entre la acción y el resultado dañoso (requisitos que no pueden ser suplidos por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba). Invoco como soporte jurisprudencial de este motivo las siguientes sentencias del TS: 10 de febrero de 1988 (RJ 1988\935), 27 octubre de 1990 (RJ 1990\8053), 25 febrero 1992 (RJ 1992\1554), 24 enero 1995 (RJ 1995\165), 9 julio 1994, 20 junio 1994 (RJ 1994\6026), 14 febrero 1994 (RJ 1994\1468), 5 diciembre 1994, 3 mayo 1995 (RJ 1995\3890), 29 mayo 1995 (RJ 1995\4136), 19 junio 1995 (RJ 1995\4927), 27 septiembre 1995 (RJ 1995\6672) y las demás que se citarán en este escrito; aduciendo que los hechos estimados como probados por la Sala «a quo» no se desprende en modo alguno semejante reproche culpabilístico a persona alguna. Y así, puede constatarse reparando en la literalidad del F. 4º de dicha sentencia (que recoge los hechos estimados como probados) en el que, al aludir a la caída del señor C., expresa simplemente (con extremado laconismo) que el señor C. «... 3º... salió a la terraza... y cayó desde la terraza al pavimento»; «4º Resultó rota la barandilla y anclajes»; por otro lado, continúa el Motivo, por lo que respecta al requisito del nexo causal, hay que destacar, que de la aludida versión de los hechos estimados probados (F. 3º) no resulta ni se deduce nexo causal alguno entre el daño producido y la actuación de la entidad demandada, al no expresarse, ni siquiera apuntarse, el «cómo» y el «porqué» se produjo el accidente.

En el motivo cuarto, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, la infracción por aplicación indebida del artículo 1902 del CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la exigencia para su aplicabilidad de la existencia de un daño («resultado dañoso»).

Invoco, al efecto, las siguientes sentencias del TS: 22 mayo 1995 (RJ 1995\4089), 17 octubre 1991, 15 octubre 1912, 2 febrero 1960 (RJ 1960\456), 6 octubre 1961 (RJ 1961\3592) y 11 marzo 1967.

En el motivo quinto, se denuncia al amparo del ordinal 4º del Art. 1692 LECiv, la infracción por aplicación indebida del Art. 1902 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta en orden a la fijación del importe de la indemnización del daño; y se agrega que, es sabido que el importe del «quantum» de las posibles indemnizaciones es materia a decidir por el Tribunal «a quo», sin que ello pueda ser constitutivo de recurso de casación; que, cosa distinta es la fijación de las bases sobre las que se concreta indemnización y especialmente la proyección de dichas bases en orden a la cuantificación económica de la indemnización concreta de que se trate, y que, en el presente caso, la sentencia del Tribunal «a quo» concede una indemnización a la actora doña Helen C., sin que en los autos aparezca la menor base para sobre ella poder cimentar la procedencia de tal indemnización, al no haberse acreditado que el señor C., esté casado, ni que doña Helen sea su esposa. No se ha aportado Libro de Familia ni Certificación de Matrimonio ni prueba alguna que pueda demostrar la realidad del perjuicio que se dice sufrido por la actora doña Helen (todo ello en el supuesto de que el presunto daño alegado por el señor C. tuviera existencia real); En citados Motivos se discrepa de la aplicación del Art. 1902 del CC, tanto porque según los citados 3º y 4º inexiste la culpa y el nexo causal precisos, como porque no se ha demostrado el daño sufrido por el actor, como porque según el 5º, la cuantía de la indemnización tampoco está acreditada. Todos los motivos se rechazan, el Tercero, porque, como se ha razonado al contestar el Motivo Primero, no se ha aplicado la responsabilidad por riesgo, sino la subjetiva o aquiliana con el juego de la inversión de la carga de la prueba, por lo que, no justificado por el recurrente su diligencia en el estado de la barandilla a los fines de que cumpliera con su funcionalismo de natural material, anclaje delimitador y evitatorio de caídas, es obvio, pues, la esencia de culpabilidad del recurrente, estando, en consecuencia, tanto el daño como su ajustada cuantía indemnizatoria perfectamente recogidas en los transcritos FF. (sin que tampoco la técnica casacional pueda variar lo así constatado) por lo que se desestima el recurso con los demás efectos derivados.

QUINTO.- En el recurso de actor se articulan los siguientes Motivos:

En el primer motivo se denuncia la infracción de la Jurisprudencia establecida por este Alto Tribunal, respecto del daño moral o «pecunia doloris», susceptible de ser indemnizado por sí mismo, haciendo ineludible su concreción y cuantificación, considerando

como norma infringida, además de la doctrina reiteradamente favorable de la Sala de lo Civil, la del Art. 2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984, en cuanto declara como derecho básico de los consumidores y usuarios la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos; alegando que, si han de resarcirse íntegramente los daños y perjuicios causados es preciso acudir a los criterios que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido, criterios que permiten acercar la lamentable situación de la persona que sufre un perjuicio a la situación anterior al siniestro, aunque en el convencimiento y la conciencia de que esa íntegra restitución nunca será posible. Así, nuestro más alto Tribunal atiende, para la fijación de los distintos conceptos indemnizatorios, a tres momentos; una fase «preexistente», sobre la situación médica y socioeconómica del paciente antes del accidente; una fase «post-accidente», antes de la consolidación de las secuelas, en la que deberán ser incluidos los gastos médicos, los gastos hospitalarios, la incapacidad temporal, los gastos de transporte y el daño moral, entendido, según Sentencia del TS, de fecha 4 de julio de 1985 (RJ 1985\3953), como el sufrimiento o padecimiento de la víctima, experimentado durante el curso de la curación, tales como dolores sufridos en el momento mismo del accidente, el transporte hasta el hospital, las primeras curas, los dolores de la intervención quirúrgica, anestesia de la intervención, dolores tras la anestesia, dolores de cuidado hospitalario y preocupaciones por el futuro familiar y profesional; y una tercera fase, llamada de «post-consolidación», que incluye los gastos médicos futuros, los gastos de asistencia de una tercera persona durante la vida del enfermo, los gastos de reposición de prótesis, la fijación de una indemnización por la incapacidad permanente, que variará en función de la edad, sexo, profesión y consecuencia de la lesión, o sea, por las circunstancias personales, y por último, de nuevo, el daño moral, entendido como la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las propias energías y del desarrollo de la personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y una situación parcial de desvalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia que debe hallar una traducción económica en el fallo de la Sentencia; STS de fecha 7 de mayo de 1987 (RJ 1987\3022). Como quiera que la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, tiene en consideración esta doctrina y la aplica a doña Helen C. por los sufrimientos morales, no hace lo mismo respecto del daño moral soportado por don David C., ya sea el inmediato al hecho trágico ocurrido, como el derivado de la conciencia de irreversibilidad de su menoscabo fisiológico, sin que puedan entenderse incluidos en ninguna de las vertientes del concepto patrimonial de daño. En efecto –continúa el Motivo– el daño puede desglosarse en Personal o corporal, esto es, la lesión o menoscabo de la salud de un sujeto; material, en su vertiente

emergente y de lucro cesante; y moral, como precio del sufrimiento no físico. La Sentencia que es objeto de recurso cuantifica con más o menos fortuna el daño personal, según la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 (RCL 1991\643), y la Resolución de 17 de enero de 1995 (RJ 1995\184) de la Dirección General de Seguros; y lo mismo cabe decir respecto de los daños materiales; pero, deja sin subsanar, aunque siempre sea en la medida de lo posible, los daños morales padecidos por la víctima principal de la actividad empresarial de la entidad condenada, don David C. daños que son inherentes a su situación objetiva.

En efecto, en la sentencia recurrida sólo se señalan o se acogen los daños morales de la esposa del actor y se cifran en 7.000.000 de pesetas, mientras que no se reconoce ninguna cantidad por este concepto al demandante y que también postula en su demanda. La respuesta merece el siguiente análisis sobre el llamado daño moral:

SEXTO.- En torno al Daño Moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales–, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica; en un intento de aproximación, y al amparo de una jurisprudencia que ha tratado progresivamente en acotar esas líneas integradoras: «... lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; y esta Sala (Sentencia TS de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995\4089]) no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar "nominatim" el Tribunal "a quo" para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia...».

Y puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «quantum económico», sin que sea preciso ejemplarizar

el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico.

Finalmente, no puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable.

En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar –siguiendo esa jurisprudencia–, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la Sentencia 21 de octubre de 1996 [RJ 1996\7235]); si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral.

Se podría intentar una línea de aproximación de supuestos fácticos, pero puede ser suficiente, que así como es comprensible la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante por ejemplo esa lesión corporal afectó cualquier elemento facial del cuerpo del dañador que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba (SS. 22 mayo [RJ 1995\4089] y 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8353]).

2º) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos

o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales; ahora bien, se puntualiza que en la integración de este daño moral, lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es, que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios; y es que lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos.

Cierto es que tanto en un aspecto como en otro, el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser –en lo posible– objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable, no debe olvidarse que en tema de daños y como criterio general rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que tanto en una responsabilidad como en otra, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento; por tanto, dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica, poder

cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño. Se decía al punto, entre otras, en Sentencia 21 de octubre de 1996 (RJ 1996\7235): «... Si bien es cierto que el precepto civil 1106 CC, establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible –los llamados daños morales–, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua S. 19-12-1949 [RJ 1949\1463] y posteriores de 22-4-1983 [RJ 1983\2118], 25-6-1984 [RJ 1986\1145], 3-6-1991 [RJ 1991\4407], 27-7-1994 [RJ 1994\6787] y 3-11-1995, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes...».

SEPTIMO.- Ahora bien, de ese diseño doctrinal sobre el daño moral y su relevancia jurídica a los fines del adecuado resarcimiento del daño, la Sala ha de distinguir dos situaciones perfectamente claras, cuando la reclamación por ese concepto se efectúa por el propio lesionado o víctima del ilícito/accidente causante de su «mal» y determinante de la responsabilidad declarada:

1) En los casos generales en los que el accidente o lesión corporal ocasiona a su víctima los quebrantos propios de su proceso de curación, tras cuya superación el lesionado queda indemne o sin tara alguna, que, es lo que suele suceder en la mayoría de los casos, entonces el resarcimiento de los daños y perjuicios declarado ha de absorber o embeber a aquel daño moral, que, por ello, será irrelevante a los fines de su autonomía indemnizatoria, ya que, en otro caso, se llegaría al abuso o desvío desnaturalizador de la institución de que toda lesión producida, por la que el lesionado que la padece –por ello llamado también paciente– la está sufriendo, debía ser objeto, también siempre de una compensación económica por tal daño moral. Esto se descarta por completo.

2) Empero en cuanto a casos como el ahora enjuiciado, en los que, por lo transcrito, las lesiones causadas al recurrente han sido de tal gravedad que le han postrado en una silla de ruedas, con una incapacidad vitalicia, y con necesidad de que le auxilie persona en la ayuda indispensable en su vida doméstica, es claro, que ese haz patológico padecido, por su gravedad y persistencia deparan al recurrente un permanente estado anímico de frustración y sufrimiento tan intensos (en otro perfil de distinta ontología cabe encuadrar en esa tipología las lesiones que, tras su restauración, dejan secuela o cicatrices perceptibles en la imagen de la persona afectada, asimismo, integradora de ese daño moral con el consiguiente efecto resarcible paliativo de ese deterioro incluso estético), que no tienen, por menos, que ser

enjuiciados por la Ley y los Tribunales que la aplican (al contrario que la Sala «a quo» al silenciar este concepto que desde la demanda se reclama por importe de 30.000.000 de pesetas), para paliar, en lo posible, semejante déficit con el reconocimiento de una compensación económica, y que, en el caso de autos, se entiende ajustada la misma fijada en citada demanda, lo que conduce a la acogida del Motivo con los demás efectos legales derivados.

En el motivo segundo se denuncia la infracción de la Jurisprudencia sobre aplicación analógica de las normas jurídicas, en relación al artículo 921 LECiv, considerando como norma infringida, además de este artículo, el Art. 4.1 del CC cuando la sentencia condena solidariamente a las entidades demandadas al abono del interés legal, desde la firmeza de la resolución, y no desde la fecha de la misma; se acoge el Motivo, pues, en efecto, los intereses postulados han de devengarse desde que se reconocen en la sentencia de la Sala «a quo» que fija su derecho y su cuantía y que prevalece salvo revocación a resultas de este recurso de casación, que no es el caso de autos. Ahora bien, ese «dies a quo», como se razona, exclusivamente, se referirá a la indemnización acordada por la Sala «a quo», porque la nueva que según el F. anterior se otorga por el daño moral a favor del actor, devengará intereses sólo a partir de esta Sentencia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don David y doña Helen C., frente a la Sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en 23 de noviembre de 1995; que se modifica en el sentido de agregar como indemnización por daño moral a favor del actor don David C., además de las reconocidas en esa sentencia, la suma de 30.000.000 de pesetas, y que el devengo de los intereses reconocidos en la recurrida lo serán a partir de la misma, mientras que los que se derivan del daño moral a favor del actor, a partir de esta sentencia. Sin hacer especial imposición de costas en ninguna de la instancias ni en este recurso, debiendo cada parte satisfacer las por ellos causadas y las comunes por mitad.

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Botafoch, Sociedad Limitada (antes «Botafoch, Sociedad Anónima»), frente a la mencionada sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en 23 de noviembre de

1995; Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso. Y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–Alfonso Villagómez Rodil.–Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.–José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.–Rubricado.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 964/2000 (Sala de lo Civil), de 19 octubre de 2000

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

La problemática atinente a los daños morales se trata en esta sentencia desde la perspectiva de su indemnización y su previa valoración, de la que se dice que no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales de justicia e imposibilita para fijar su cuantificación. Y se insiste en que para ello ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso.

Se trata también la finalidad de la indemnización, mediante la que se dice que no se trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que pretende contribuir a sobrellevar el dolor: ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece.

Don Jesús H. B. formuló demanda, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra el Servicio Valenciano de Salud.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia dictó Sentencia el 3-6-1994, estimando parcialmente la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó Sentencia el 26-6-1995, revocando parcialmente la del Juzgado.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

En la Villa de Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados identificados al margen el Recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia –Sección séptima–, en fecha 26 de junio de 1995, como consecuencia de los autos de juicio de menor cuantía, sobre reclamación de gastos de embalsamamiento y daños morales (cadáver depositado por el Hospital con omisión de actividades de aviso a los familiares), tramitados en el Juzgado de Primera Instancia de Valencia número tres, cuyo recurso fue interpuesto por el Servicio Valenciano de Salud, representado por el Letrado de la Generalitat Valenciana, en el que es recurrido don Jesús H. B., al que representó la Procuradora doña Marta L. B.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Valencia tres tramitó el juicio declarativo de menor cuantía número 446/1993, que promovió la demanda de don Jesús H. B., en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, vino a suplicar al Juzgado «Dictar sentencia en su día, por la que se condene al mencionado organismo: A) a que abone a mi representado la cantidad de noventa y cinco mil pesetas (95.000 ptas.) por el embalsamamiento del cadáver de don Antonio H. N. que se tuvo que realizar con carácter previo al traslado e inhumación del mismo; B) a indemnizar a mi representado en la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 de ptas.) por los daños y perjuicios morales infringidos en la persona del difunto don Antonio H. N.; y todo ello con expresa imposición de costas».

SEGUNDO.- La parte demandada, Servicio Valenciano de la Salud, se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones de hecho y de derecho que alegó, para terminar suplicando «Se dicte sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, dictando sentencia favorable a esta Administración todo ello con la expresa imposición de costas al demandante».

TERCERO.- Unidas las pruebas practicadas que fueron declaradas admitidas, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número tres de Valencia dictó sentencia el 3 de junio de 1994, la que contiene el siguiente Fallo literal: «Que estimando en parte la demanda formulada por Jesús H. B. contra el Servicio Valenciano de Salud, debo condenar y condeno a esta última a que pague a aquélla suma de noventa y cinco mil pesetas (95.000 ptas.) por el embalsamamiento del cadáver de don Antonio H. N., desestimándola en cuanto al resto, así como los intereses legales de dicha suma desde la presentación de la demanda hasta el completo pago y sin hacer expresa condena en cuanto a las costas».

CUARTO.- La entidad demandada referida planteó recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado para ante la Audiencia Provincial de Valencia, habiendo su Sección séptima tramitado el rollo de alzada número 673/1994, y pronunciado sentencia con fecha 26 de junio de 1995, la que en su parte dispositiva decreta, Fallamos: «Que, estimando el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada por el señor Juez de Primera Instancia número tres de Valencia, en autos de menor cuantía núm. 466/1993, debemos revocarla y la revocamos en cuanto no concede indemnización por daños morales y así, estimando en parte la demanda, debemos condenar y condenamos al Servicio Valenciano de la Salud a indemnizar a Jesús H. B. en la suma de noventa y cinco mil pesetas e intereses legales de tal suma desde la presentación de la demanda, por gastos de embalsamamiento de cadáver y otras quinientas mil pesetas por daños morales, sin devengo de intereses; declaramos no haber lugar a imponer expresamente las costas de ninguna de las instancias».

QUINTO.- El Letrado de la Generalitat Valenciana, en la representación que ostenta, formalizó recurso de casación ante esta Sala contra la sentencia del grado de apelación, en base a un solo motivo, aportado por el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que vino a denunciar aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil.

SEXTO.- La parte recurrida presentó escrito por el que impugnó el recurso.

SEPTIMO.- La votación y fallo del presente recurso de casación tuvo lugar el pasado día diez de octubre del año dos mil.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo del recurso de casación que formalizó la Generalitat Valenciana, como gestionadora del Servicio Valenciano de Salud, aduce aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil, en relación al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852), 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954\1848 y NDL 12531) y 106.2 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

Los hechos probados acreditan que el padre del actor del pleito, don Antonio H. N. ingresó en el Hospital General de Valencia

el 12 de noviembre de 1991, de donde fue evacuado al Hospital Arnaldo de Vilanova por sufrir hemorragia digestiva en estado de coma, siendo diagnosticado de padecer cirrosis hepática, que le ocasionó su fallecimiento el 13 de noviembre de 1991. El cadáver pasó a ser colocado en la sala mortuoria, en cuyo lugar dice la sentencia «fue notada su presencia ocho días después por una trabajadora social del Hospital», lo que motivó que se recurriera a la Policía a fin de localizar a su familia y fue por consecuencia de las gestiones policiales cuando los parientes pudieron personarse en el Hospital, e identificar al cadáver y a los que se les impuso y exigió el pago de los gastos de embalsamamiento que ascendieron a 95.000 pesetas, al ser medida necesaria para proceder a la inhumación y poder salir el cadáver de la cámara frigorífica.

La negligencia de los servicios hospitalarios, dependientes del Servicio Valenciano de la Salud, se impone y resulta correctamente decretada por el Tribunal de Instancia, pues concurrió un notorio y lamentable «olvido» del cadáver del paciente que había sido atendido por el cuerpo médico, al limitarse a depositarlo en la cámara, despreocupándose por completo del mismo, lo que acredita descontrol sanitario-burocrático y también censurable desatención y despojo de elementales sentimientos de respeto y atención hacia una persona fallecida, pues sólo cuando se recibió el aviso de alerta de una empleada, es cuando se acuerda recurrir a la policía, lo que muy bien pudo llevarse a cabo tanto en los momentos anteriores al desenlace mortal, como al ocurrir al mismo, poniéndose así de manifiesto un alto «plus» de actuación negligente, en el tiempo inmediatamente posterior a haber ocurrido el óbito, y con independencia de que no exista afectiva reglamentación de llevar a cabo avisos, pues se trata de una ética fundamental, inherente a la solidaridad humana, más exigible en las relaciones clínico-paciente.

La impugnación que desarrolla el recurso está dirigido a combatir la indemnización que la sentencia otorga por daño moral, para lo que se parte del supuesto de que el demandante se había desentendido por completo de su padre y de su estado de salud, hasta el punto de que acudió solo al centro médico, y por ello la falta de disponibilidad del cadáver por el período de ocho días no se la puede considerar como causa determinante para justificar una indemnización por daños reclamados, en este caso muy modesta, ya que se fijó en quinientas mil pesetas. La sentencia en recurso no integra en el «factum» que se diera plena falta de vínculos afectivos entre el demandante y el fallecido y lo único que al respecto sienta es que la relación afectiva con su familia era algo relajada.

Los argumentos del recurso carecen de intensidad impugnatoria

casacional suficiente para decretar que no se ha generado en el caso de autos daños morales, que se presenten consecuentes del actuar negligente de los servicios y personal del ente demandado, ya que no se puede dejar de lado la relación paterno-familiar, que aunque en ciertas ocasiones llegue a crear distanciamiento, en los momentos transcendentales normalmente surge con toda la fuerza de la vinculación sentimental que lleva consigo.

En el supuesto que nos ocupa resultaría aventurado y hasta ofensivo para la familia sentar que la muerte del padre no les ocasionó dolor alguno, pues cuando se trunca una vida siempre deja algún rastro de sufrimiento, pena y aflicción, y también desazón y atrición en sus más allegados, sobre todo si se da la circunstancia de no haber tenido al menos la posibilidad de asistir al paciente en los últimos momentos de su vivir y con efectos de pesar y desasosiego por habérseles privado de llevar a cabo su velatorio y enterramiento inmediato, como es lo normal, debido todo esto al retraso provocado por el actuar poco ejemplar del Servicio Valenciano de Salud, lo que es bastante para instaurar desequilibrio y desarmonía humana intensa, que, al presentarse como daño espiritual, autoriza a considerar que se produjo al actor efectivo daño moral.

La jurisprudencia consolidada y ya antigua de esta Sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación (SS. de 27-7-1994 [RJ 1994\6787], 3-11-1995 [RJ 1995\8353], 21-10-1996 [RJ 1996\7253], que parten de la de 6-12-1912), a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, que es lo que ha verificado con mesura el Tribunal de Instancia.

La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece y, en este caso ser el hijo del fallecido, por ello suficientemente legitimado para solicitar la reclamación.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- Al no prosperar el recurso procede imponer sus costas al litigante que lo planteó, por el mandato del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación que fue formalizado por el Servicio Valenciano de Salud de la Generalitat Valenciana contra la sentencia que pronunció la Audiencia Provincial de Valencia –Sección séptima–, en fecha veintiséis de junio de 1995, en el proceso al que el recurso se refiere.

Se imponen a dicho recurrente las costas de esta casación.

Y expídase la correspondiente certificación de esta resolución para su remisión a la expresada Audiencia, con devolución de autos y rollo, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.–Alfonso Villagómez Rodil.–Luis Martínez-Calcerrada Gómez.–José de Asís Garrote.–Firmado y rubricado.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1031/2002 (Sala de lo Civil), de 31 octubre de 2002

Jurisdicción: Civil

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

Se acota en la siguiente sentencia el ámbito del daño moral, que se configura como aquel que afecta a derechos inmateriales de la persona. Por lo tanto, no puede comprender el perjuicio patrimonial, no comprende aspectos del daño material. Por ello, si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto, no debe éste pretender que alcance también a la esfera espiritual.

«Hervideros, SA» formuló demanda, en juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra «Yuco Construcciones, SA».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arrecife dictó Sentencia, el 19-01-1995, desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia, el 05-12-1996, estimando la demanda.

El TS declara haber lugar al recurso de casación.

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arrecife, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador don Isacio C. G., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», defendido por el Letrado Edmundo A. R.; siendo parte recurrida el Procurador don José M. R., en nombre y representación de «Hervideros, SA».

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.–El Procurador don Marcial Luis L. T., en nombre y representación de «Hervideros, SA», interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra «Yuco Construcciones, SA», y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia condenando al aquí demandado a que finalice las obras de impermeabilización aún pendientes y presupuestadas en setecientas cincuenta y nueve mil pesetas (759.000 ptas.), a indemnizar los daños y perjuicios materiales de cinco millones setecientas diecinueve mil trescientas setenta y dos pesetas (5.719.372), más otra indemnización por el lucro cesante y por los daños morales padecidos por mis mandantes en cuantía que se estima en cinco millones cuatrocientas ochenta mil pesetas (5.480.000) más las costas e intereses legales, con todo lo demás que sea procedente en derecho.

2.–El Procurador don José R. S., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda, absolviendo de ella a mi comitente, con expresa imposición de las costas a la actora, por imperativo legal.

3.–Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arrecife, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue: Fallo: «Desestimando la demanda presentada por el Procurador don Marcial Luis L. T., en nombre y

representación de “Hervideros, SA”, contra “Yuco Construcciones, SA”, debo absolver y absuelvo a éste con expresa condena en costas a la actora».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de «Hervideros, SA», la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue:

Fallamos: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Arrecife, en autos de menor cuantía núm. 159/1993, revocamos dicha resolución, y en su lugar y con estimación de la demanda, condenamos a la demandada “Yuco Construcciones, SA”, a que indemnice a la actora-apelante, en la cantidad total reclamada por la misma ascendente a 5.719.372 pesetas, por reparaciones efectuadas por la misma y la de 5.480.000 pesetas, en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora; condenándose también a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de realizar y presupuestadas en 759.000 pesetas. Sin hacer expresa condena en cuanto a las costas de esta alzada y con imposición de las causadas en primera instancia a la parte demandada».

TERCERO.- 1.–El Procurador don Isacio C. G., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos del recurso:

«I.–Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635; ApNDL 8375) y 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881\1), por infracción de los artículos 24.1 de la Constitución y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

II.–Al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución (RCL 1978\2836; ApNDL 2875) y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

III.–Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1591 del Código Civil (LEG 1889\27) y la jurisprudencia que lo interpreta».

2.–Admitido el recurso, habiéndose opuesto el Ministerio

Fiscal a la admisión del motivo 2º, y evacuado el traslado conferido, el Procurador don José M. R., en nombre y representación de «Hervideros, SA», presentó escrito de impugnación al mismo.

3.–No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de octubre del 2002, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea, una vez más, la responsabilidad decenal que contempla el artículo 1591 del Código Civil (LEG 1889\27) que a tanta jurisprudencia ha dado lugar y que se halla actualmente regulada en la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999\2799), no aplicable al presente caso, acaecido mucho antes de su entrada en vigor. Aquella norma del Código Civil prevé un plazo (de caducidad) de garantía en la edificación (en sentido amplio) en virtud del cual, si en éste, de diez años, se produce la ruina (en sentido amplísimo) se impone una responsabilidad objetiva en los sujetos como, en el presente caso, el contratista, cuando se ha causado por vicios de la construcción.

Tal como han dicho las sentencias de 4 de marzo de 1998 (RJ 1998\1039) y 15 de marzo de 2001 (RJ 2001\3195): el artículo 1591 del Código Civil establece una responsabilidad basada en el contrato de obra, que se fundamenta en su incumplimiento y presume la culpabilidad; responsabilidad que se produce en caso de ruina, en sentido amplio aclarado jurisprudencialmente y respecto a la construcción de edificios, en relación con las distintas personas que intervienen en la misma. Tal como ha dicho la sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1997 (RJ 1997\845), el artículo 1591 del Código Civil impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, en el cual se prevé una responsabilidad de naturaleza contractual, en caso de ruina del edificio.

SEGUNDO.- En el presente caso, la demanda interpuesta por la empresa de actividades turísticas sita en Canarias, «Hervideros, SA», parte recurrida en casación, alegó la producción de ruina funcional: filtraciones y humedades causadas por mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos y reclamó que se realizaran tales obras de impermeabilización, que se le indemnizara por los daños y perjuicios materiales y se le indemnizara también por lucro cesante y daños morales.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 2ª,

de Las Palmas de Gran Canaria, de 5 de diciembre de 1996, revocando la dictada en primera instancia, declaró probada la ruina, en el concepto amplio reiterado por la jurisprudencia, como «desperfectos que vengan a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia», en este caso, humedades en apartamentos que componen un complejo residencial; asimismo, declaró probado que tales desperfectos, integrantes de ruina funcional, son «consecuencia de una incorrecta impermeabilización». Y estimó la demanda.

Frente a esta sentencia, la constructora demandada y condenada «Yuco construcciones, SA», ha interpuesto el presente recurso de casación, en tres motivos. Los dos primeros –el segundo subsidiario del primero– se fundan en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refieren a la indemnización fijada por daño moral. El tercero, fundado en el núm. 4º del mismo artículo 1692, es relativo al fondo del asunto y alega infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo aplica.

TERCERO.- Se examinan conjuntamente los motivos primero y segundo formulados ambos al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 24.1 de la Constitución Española y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el primero) y del mismo artículo 24 y del artículo 120.3 de la Constitución Española (RCL 1978\2836; ApNDL 2875) y 372.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el segundo). Se refieren al tema de los daños morales en el siguiente sentido.

En la demanda, hecho décimo, se expresa que el lucro cesante asciende a 1.980.000 pesetas y que el daño moral se estima en 3.500.000 pesetas; en el suplico se pide por ambos conceptos, indemnización por el lucro cesante y por los daños morales, la suma de las dos anteriores cifras, 5.480.000 pesetas. En la sentencia recurrida se expresa, en el fundamento tercero, última parte, que el lucro cesante alcanza una cifra superior; en el fallo se condena a la sociedad demandada y ahora recurrente en casación, al abono «de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora».

La congruencia, tal como resume la sentencia de 2 julio de 2002 (RJ 2002\5899), es doctrina general que se resuelve en una comparación entre dos extremos: uno, las pretensiones de las partes, tanto de la pretensión propiamente dicha del actor, como de la oposición del demandado, y otro, la resolución del Juzgador; el segundo término lo constituye la parte dispositiva de la resolución judicial, de modo que no deriva de los argumentos o razonamientos jurídicos utilizados por el Tribunal para formular el fallo, aunque ello ha sido

matizado jurisprudencialmente con las precisiones de que la incongruencia se dará con el fallo junto a los fundamentos predeterminantes (STS de 3 de julio de 1979 [RJ 1979\2928]), la factibilidad de incongruencia de una sentencia que da por causas de pedir diferentes de las planteadas o por argumentos tan ajenos a la cuestión que pueden producir indefensión (STS de 4 de abril de 1991 [RJ 1991\2637]) o si se rebasa el principio «iura novit curia» cuando se estima la demanda por razones jurídicas diversas de las alegadas y se produce indefensión.

De aquí se desprende que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia «ultra petita». La parte, en la demanda, ha pedido una cantidad por lucro cesante y la sentencia, en el fundamento de derecho, se la da por una cifra muy superior, que es el total pedido por la parte como lucro cesante y daño moral y en el fallo condena al abono de dicha cifra por «lucro cesante y daño moral». Así, no sólo concede, como explica claramente, una cantidad superior a la pedida como lucro cesante, incurriendo en incongruencia (motivo primero de casación), sino que el fallo incluye, sin explicación ni motivación alguna, el daño moral (motivo segundo). Ambos motivos se estiman.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso de casación se refiere al fondo sustantivo del asunto y, al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

Es preciso partir de dos premisas: la parte recurrente acierta cuando en el desarrollo de este motivo comienza por aceptar la declaración de la sentencia de la Audiencia Provincial de haberse acreditado la producción de la ruina, en el sentido amplio de ruina funcional; y yerra cuando hace constante referencia a la sentencia dictada en primera instancia, que ha sido totalmente revocada y, por tanto, eliminada del mundo jurídico, por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que es el único objeto de este recurso de casación.

Dicha sentencia declara probados los desperfectos que constituyen la ruina funcional y declara probada la causa de los mismos: «...consecuencia de una incorrecta impermeabilización», lo cual es obra exclusiva de la sociedad demandada, contratista.

En el desarrollo del motivo se destaca y se insiste en que la sociedad demandante, como dueña de la obra, contrató con otra persona la obra de carpintería y quiere mantener que ésta fue causa o concausa de la ruina funcional. No es así, conforme a los hechos que declara probados la sentencia de instancia; en ésta, ni se acepta la posible intervención de la empresa de carpintería en la producción de

humedades, ni se plantea siquiera el tema de la solidaridad; por el contrario, se atribuye al nexo causal a la sociedad demandada.

Por tanto el motivo se desestima, porque, en realidad, lo único que pretende es hacer supuesto de la cuestión, lo que no cabe en casación, tal como expresa una reiteradísima jurisprudencia: sentencias de 16 de marzo de 2000 (RJ 2000\2105), 17 de mayo de 2000 (RJ 2000\3413), 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10445), 31 de enero de 2001 (RJ 2001\537), 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\6895RJ 2002\4051) y 9 de mayo de 2002 (); tal como dice esta última, recogiendo la doctrina e incluso las palabras de las anteriores: con ello la parte recurrente ha incurrido en el vicio procesal denominado judicialmente supuesto de la cuestión, ya que parte de la base en la fundamentación de su único motivo de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte de esta Sala; y esto último no ha ocurrido por estimarse que la acción hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida es lógica y racional, no pecando de conclusiones absurdas que supongan un verdadero disparate.

QUINTO.- Estimándose los motivos comprendidos en el primer inciso del núm. 3º del artículo 1692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala resuelve lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, es decir, asume la instancia.

Se ha expuesto que el fondo del asunto, respecto a la responsabilidad derivada del artículo 1591 del Código Civil por ruina funcional, es correcta la resolución de la sentencia recurrida.

No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual.

Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982\1197; ApNDL 3639), es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del «pretium doloris». Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.

Por tanto, se desestima el pedimento relativo al daño moral.

Y, en cuanto a las costas, al no estimarse íntegramente la demanda, no procede condena en primera instancia (artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni en segunda, ni en este recurso de casación (artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador don Isacio C. G., en nombre y representación de «Yuco Construcciones, SA», contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en fecha 5 de diciembre de 1996, que casamos y anulamos en el único sentido de eliminar la condena «de 5.480.000 ptas. (cinco millones cuatrocientas ochenta mil pesetas) en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora» y sustituir por la condena a 1980.000 ptas. (un millón novecientas ochenta mil pesetas) como lucro cesante, absolviéndose en cuanto al alegado daño moral.

En cuanto a las costas, no se hace pronunciamiento en las mismas, en la primera instancia, ni en la apelación, ni en este recurso de casación, en que cada parte satisfará las suyas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

José Almagro Nosete.–Antonio Gullón Ballesteros.–Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricados.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 474/1995 (Sala de lo Civil), de 22 mayo de 1995

Jurisdicción: Civil

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

La siguiente sentencia aborda el concepto y alcance del daño moral en supuestos de deficiente asistencia sanitaria.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero.

El TS desestima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Baracaldo, número 3 de 15 febrero 1991, se estima en parte la demanda interpuesta por el actor -hoy sus continuadores procesales y herederos-, don José Miguel O. P., contra el Hospital de Cruces de Baracaldo y el Servicio Vasco de Salud Osakidetza, a consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria a que se contrae su demanda, y en consecuencia, condena a dichos demandados a pagar de forma solidaria la suma de seis millones quinientas mil pesetas (6.500.000 ptas.), en concepto de perjuicios económicos y morales causados al mismo por esa deficiente asistencia (se razona así en su F. 5.º «Consecuencia de la insatisfacción del actor con el trato recibido en Cruces es su comprensible iniciativa de consultar en otro centro médico; donde fue diagnosticado correctamente y viene siendo tratado. Y si todas estas gestiones le han causado gastos y perjuicios, no hay duda que ello es consecuencia del incompleto y erróneo tratamiento recibido en el Hospital de Cruces, pues en otro caso no se habrían producido. Debe pues ser indemnizado por los demandados de los gastos médicos que ha tenido que abonar a la Clínica Universitaria de Navarra (aunque estimamos no es incluible en estos gastos la factura que obra como documento 13 pues es anterior a la conducta negligente de Cruces y no es consecuencia de ésta), así como por los demás gastos de desplazamiento, estancias de familiares y otros afines no cuantificables. Respecto del daño moral por el que también se reclama, se trata de un tema controvertido, pues es difícil cuantificar el perjuicio psicológico del enfermo que pudiendo ser diagnosticado de una dolencia muy grave el día 9 de julio, se le deja padecer su evolución y falta de tratamiento durante quince días; no conocemos en qué grado pudo agravarse la enfermedad en esos días en que pudiendo ser tratada no se hace así por falta de diagnóstico, pero estimamos razonable compensar ese período de incertidumbre y padecimientos, así como las posibles consecuencias del retraso en el tratamiento, estableciendo una indemnización de 6.500.000 ptas., en la que se incluyen los gastos de atención médica y desplazamientos. En el señalamiento de esta cantidad se ha tenido también en cuenta evitar en lo posible cualquier

enriquecimiento injusto del perjudicado, así como el factor de que una vez diagnosticado y tratado el paciente en primeras e inaplazables intervenciones, el seguimiento de su enfermedad podría realizarse por la Sanidad Pública a la que se halla acogido evitando gastos innecesarios»; decisión recurrida en apelación por el Servicio Vasco de Salud, cuyo recurso se resolvió por Sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 25 noviembre 1991, estimándolo en parte y condenando solidariamente a los demandados al pago de la suma de un millón setecientas cincuenta mil pesetas (1.750.000 ptas.), tanto por daños económicos como por daños morales, según se especifica en su F. 2.º; siendo su línea decisoria, la que a continuación se resume: En el F. 1.º, se hace constar, que en cuanto a la petición de la parte apelante de que se revoque la sentencia de instancia y se le absuelva de la demanda, ha de tenerse en cuenta, que aunque la prueba practicada en la instancia el juzgador la realiza de forma acertada, no obstante, debe darse un tratamiento distinto a su fundamentación, partiendo de la relación jurídica de la que se surge la responsabilidad del centro hospitalario y el Servicio Vasco de Salud, habida cuenta que el demandante pertenece al régimen general de la Seguridad Social, y teniendo que acudir a un centro hospitalario integrado en dicho Servicio de Salud; entidad que en virtud de las transferencias autonómicas sustituye al INSALUD en Euskadi; pues por todo ello esa relación es de carácter contractual (se afirma que el paciente por su condición de afiliado a la Seguridad Social, abona una cantidad mensualmente para recibir entre otras asistencia sanitaria de sus centros), y de lo que han de extraerse las consecuencias derivadas de las obligaciones que ligan al médico y al paciente, en esa relación contractual, habida cuenta el juego de la denominada «lex artis»; en el F. 2.º, es donde se especifican los «facta» acreditativos de la negligencia en la asistencia sanitaria que la Sala así aprecia, y que, literalmente son las siguientes: «...que los médicos que asistieron al demandante en el Servicio de Urgencias de Cruces, el día 17 de julio de 1989, no obraron con toda la diligencia que les era exigible, según su "lex artis", y ello porque a la vista de la evolución anterior del paciente, que 8 días antes, concretamente el día 9 de julio había sido asistido en el mismo Servicio con iguales síntomas, síntomas que es obvio, según se deduce del examen de la documentación aportada, de la prueba testifical y de la pericial, no remitieron con el tratamiento, en lugar de someterle a nuevas pruebas, ingresarle o remitirle, inmediatamente, a su especialista, se limitaron a ordenar que continuara con el mismo tratamiento (doc. número 5 de la demanda, adverado en período probatorio); lo que según el dictamen pericial (folios 214 y ss.) y los testigos Doctor G. P. (preguntas números 10, 14 y 15; f. 211) y el Doctor E. (preguntas números 1, 5 y 6; f. 212) implicó una actuación negligente, cuando lo aconsejable era el ingreso y el sometimiento a pruebas, como las que más tarde y ante el deterioro de su salud, le fueron practicadas, a raíz de su ingreso en

la Clínica Universitaria de Navarra el día 24 de julio, donde se le diagnosticó un adenocarcinoma, que por la evolución lenta de este tipo de cánceres existía ya al momento en el que fue asistido en Cruces (p. pericial y testifical preguntas números 3, 9 y 17)...», que esta Sala estima que la actuación de ese Servicio de Urgencias del Hospital de Cruces, del 17 de julio de 1989, fue negligente habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1104 CC, y las obligaciones de toda clase derivadas de la «lex artis» que incumben al médico; ahora bien se agrega habida cuenta lo dispuesto en el artículo 1101 CC, no debe olvidarse sobre todo la circunstancia de que «el paciente ya padecía el cáncer antes de ser asistido en Cruces» la primera vez, y que ante su estado de salud, el escaso margen de tiempo existente entre la citada fecha de 17 de julio de 1989 (donde aparece la actuación negligente), y la asistencia en la Clínica Universitaria de Navarra, de 24 de julio de 1989, detectándose el problema cancerígeno y operado el 3 de agosto, es mínimo para que pudiese influir en la agravación de esa dolencia; que ello no implica que no se le hayan causado al enfermo daños y perjuicios, materiales y morales que se especifican en los siguientes términos: «...los primeros todos los gastos médicos que se le ocasionaron tras el 17 de julio de 1989 (doc. números 14 a 21 de la demanda) por importe de un millón ciento quince mil doce pesetas (1.115.012 ptas.), gastos cuyo reembolso debe dársele ya que se motivaron por la inatención del sistema hospitalario establecido, y ante el acuciante estado de deterioro físico en el que se encontraba el paciente que no obtenía solución a su problema, derecho que implícitamente le reconoce Osakidetza en el acto de la vista del recurso, cuando para su reembolso le remite al procedimiento del artículo 102 LSS (RCL 1974\1482 y NDL 27361), sin que por razones obvias, deba indemnizarse la factura que por importe de ochenta y cuatro mil doscientas noventa y dos pesetas (84.292 ptas.) (doc. número 13 de la demanda) corresponde a la asistencia de enero de 1989, ya que el fallo del sistema asistencial se dio a partir de julio. A esta cantidad y hasta formar la indemnización global de 1.750.000 pesetas, que estima esta Sala deben recibir los herederos del demandante, fallecido durante la tramitación de esta segunda instancia, lo que implica una estimación parcial del recurso al moderarse la indemnización concedida inicialmente de 6.500.000 ptas., el exceso de aquélla debe entenderse como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos, zozobra que de alguna manera, también se hubiera dado, si hubiera sido ingresado en Cruces, mientras se le realizaban las pruebas hasta que se le detectase el cáncer, pero que ante la inatención le obliga a tomar la decisión de acudir a otro Centro Hospitalario, atendiéndose además que su moderación a lo expuesto en cuanto a su incidencia a lo largo de este fundamento. Determinada

la indemnización, de la misma deberán responder los demandados ya que a ellos les está encomendado la gestión del Centro Hospitalario y la aportación de medios materiales y humanos suficientes y entre ellos la dotación adecuada del Servicio de Urgencias, respondiendo de la negligencia de aquellos que a su cargo trabajan, ya que ello supone un cumplimiento defectuoso del contrato de asistencia médica que el Centro y Osakidetza tienen con el paciente (artículos 1258 y 1101 CC)», de los cuales se declara la responsabilidad solidaria de los codemandados; decisión que es objeto del presente recurso de casación, interpuesto por los actores, con base a los motivos que se examinan por la Sala.

SEGUNDO.- En el primer motivo se denuncia, al amparo del antiguo artículo 1692.4.º LECiv, el error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; se refieren a ello los siguientes documentos, 4.º, 5.º, 6.º, 11 y 12 de la demanda; el documento número 3 del escrito de proposición de prueba -f. 128-, el informe pericial (folios 215 a 221) y acta de emisión de tal informe (folio 214); que, se escribe, sin perjuicio de haberse suprimido la exigencia del tan debatido documento auténtico, «es evidente, que de toda esa prueba documental se viene a ratificar que el tratamiento recibido en el Hospital de Cruces fue incompleto y erróneo»; que a igual o similar conclusión llega el Tribunal de Apelación, al configurar la conducta de los médicos del Servicio de Urgencias del Hospital de Cruces con una actuación negligente, según se recoge en el 2.º razonamiento jurídico de la resolución que ahora se recurre; ahora bien, si bien es cierto que la sentencia de apelación cuantifica el perjuicio moral e incardina el mismo dentro de «la zozobra que al paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, aunque considera que dicha zozobra también se hubiera dado si la atención del hospital demandado hubiera sido adecuada» llegado a este punto, disentimos con el debido respeto, de la Sala sentenciadora, por cuanto que entendemos no sólo se produce un daño moral «a posteriori» oséase tras la inatención, sino el mismo, se produce «a posteriori», por la propia intervención del hospital; comentando el motivo de nuevo lo expuesto por la Sala sentenciadora en el F. 2.º, respecto al perjuicio moral; que «como colofón se concluye, los documentos a los que "a limine" hicimos referencia, vienen a redundar en el reiterado daño moral en la dualidad antes expresada, esto es, por la zozobra antes y después del centro asistencial». El motivo no es de recibo, pues además de apoyarse en una serie de instrumentos probatorios que ya fueron objeto de consideración por la Sala, y sin que se haya apreciado la existencia de ningún desvío en cuanto a ese juicio (entre otras, se hacía constar en Sentencia de 12 febrero 1991 [RJ 1991\1199], «no tienen el carácter de documentos para servir de base al objeto de evidenciar error en la apreciación de la prueba, los

que han sido tenidos en cuenta y valorados por la Sala sentenciadora de instancia y la vía del número 4 del artículo 692 LECiv no es la adecuada para establecer interpretaciones y apreciaciones jurídicas»), se agrega, que si el objetivo del recurso es, aquel que con base en la indiscutible existencia de la negligencia en la asistencia profesional aspira a demostrar que por esta negligencia se produjo una zozobra o sufrimiento al paciente no solamente tras la intervención del hospital, sino también por la misma intervención del centro por su inatención, y de ello derivar en que tal sufrimiento -determinante del daño moral-, en esa doble conformación, ha de propiciar una cuantificación de esos daños, también, en cierto modo, duplicada, se responde que tales alegatos no pasan de constituir meros juicios parciales, que, en caso alguno, pueden modificar la apreciación de la prueba por la Sala «a quo», en la que hay que situar el exacto designio del motivo, ya que, admitiendo la existencia de susodicha negligencia asistencial -que la propia Sala reconoce sin duda en el F. 2.º-, es evidente que todo el razonamiento que se hace para tratar de elevar la cuantía del daño moral, no puede ser objeto de revisión fáctica en los términos que está planteado el motivo, por lo que el mismo ha de rehusarse. En el segundo motivo, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 CC -al amparo del anterior artículo 1692.5.º LECiv-, por inaplicación de los mismos y doctrina jurisprudencial que cita, incurriendo en error de derecho; ya que partiendo de la dualidad de las posibles responsabilidades, una de tipo contractual (artículos 1101 y ss.), y otra de tipo extracontractual (artículos 1902 y ss.), se discrepa de la decisión de la Sala, al afirmar que, en el caso de autos, estamos en presencia de una responsabilidad de carácter contractual, habida cuenta la relación que liga al paciente con el hospital, sobre todo, a través del cauce público estatal de la existencia de la Seguridad Social; que ello no es acertado, pues partiendo de la doctrina que se cita, la ley atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto -caso que motiva la responsabilidad contractual-, y al de responsabilidad (al ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa, la primera está incardinada en los artículos 1101 y ss. y la segunda en los artículos 1902 y ss. CC); y, continúa el motivo, sobre el carácter exacto de la relación contractual o no, según acontezca una concreta petición de servicios del paciente al médico y se aduce en pos de la tesis de la responsabilidad extracontractual que se defiende, una exégesis de las resoluciones que se indican, de los que cabe inferir que el beneficiario de las diversas prestaciones de la Seguridad Social, pueda sufrir daños por culpa, negligencia o imprudencia de quien la atiende, lo que genera una responsabilidad civil extracontractual tendente a la reparación del daño causado, que podrá ser tanto de índole material como moral, citándose una serie de decisiones y aduciendo lo dispuesto en el artículo 43 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), lo que también puede servir de base para su pretensión respecto a la cobertura del daño

moral frente al INSALUD ex artículos 1903 CC. Tampoco el motivo es de recibo, ya que, con independencia de los aspectos doctrinales que se vierten sobre la dualidad de responsabilidad contractual y extracontractual, por supuesto con su diferente régimen jurídico ordenador y consecuencias, en punto a los efectos de reparación económica, tanto se trate de los daños económicos, como de los daños morales, no parece discutible que, por lo que se refiere al hecho controvertido, el seguimiento que la Sala hace del cauce de la responsabilidad contractual como efectúa en su sentencia recurrida, en vez de la posible responsabilidad extracontractual que postula el motivo, pudiera derivar en evaluar las consecuencias dañosas sufridas por el paciente con diferente intensidad cuantitativa, según se trate de una responsabilidad u otras, ya que, al socaire de que ha existido una negligencia sanitaria asistencial (la cual no cabe discutir, al ser cuestión pacífica no cuestionada en el F. 2.º de la sentencia recurrida, derivada de la forma en que se le prestó la asistencia médico-sanitaria), es claro que esa negligencia vulneradora del deber de diligencia médica (se decía, entre otras, en Sentencia de 16 febrero 1995 [RJ 1995\844] «...la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos, como sucede en el supuesto de autos...»), igual puede provenir de una responsabilidad contractual del artículo 1101, como de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y producir el efecto común del deber indiscutible de reparar las consecuencias dañosas producidas; en ese caso, por parte de la Sala, se razona en cuanto a los daños económicos, que habrán de tenerse en cuenta los gastos inferidos al paciente, en los términos que especifica ese F. 2.º, por la suma realmente devengada por dicha asistencia subsidiaria a que dio lugar la negligente asistencia, esto es, por la suma de 1.115.012 ptas., descartando las otras partidas que se indican; y en cuanto a la verificación que compulsa acerca de los daños morales el Tribunal «a quo» asimismo exhibe las razones que motivan su sentencia para entender que deben cuantificarse en la suma expuesta hasta alcanzar el total de un millón setecientas cincuenta mil pesetas (1.750.000 ptas.), objeto de la condena; y es que, se repite, tanto daños morales como daños patrimoniales pueden provenir lo mismo de la culpa contractual como de la culpa extracontractual, sin que dentro de la dogmática jurídica, la posible apreciación de una y otra culpa, fuente de cada responsabilidad (sin que se omita que en ese cabal confín ha de incardinarse la culpa por deficiente o negligente asistencia sanitaria del caso de autos, por lo que tampoco en refuerzo de esa identidad de «ratio», ha de utilizarse como obstáculo diferenciador el singular

módulo de modulación que, (en sede de responsabilidad contractual, habilita el artículo 1103 «in fine» CC), pudiera provocar que la discrecionalidad entendedora de la Sala de instancia para apreciar el «quantum» indemnizatorio, varíe o experimente en un caso una reducción reglada, o en otro caso, una laxitud también reglada, ya que se reitera una vez más, el arbitrio de que gozan los Tribunales para apreciar ese «quantum» es análogo en ambos casos (sería ocioso reiterar que ese común tratamiento se refiere a las consecuencias de reparación económica tanto de los daños materiales como morales procedentes de culpa extracontractual o contractual, porque por esa discrecionalidad enjuiciadora de los Tribunales pueden cuantificar los mismos en términos análogos en una responsabilidad u otra), por cuanto lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; en esa idea se han especificado por la recurrida perfectamente las circunstancias determinantes de las sumas en que se cuantifican los daños morales; y se destaca el núcleo acertado de su diversidad etiológica en su proyección psicológica en el enfermo, al decirse en su F. 2.º «...debe entenderse como indemnización del perjuicio moral, ciertamente incalculable, pero que entendemos que con ello se trata de indemnizar la zozobra que en el paciente causó la inatención y el progresivo deterioro de su salud, lo que le llevó a requerir otros servicios médicos, zozobra que de alguna manera, también se hubiera dado, si hubiera sido ingresado en Cruces, mientras se le realizaban las pruebas hasta que se le detectase el cáncer, pero que ante la inatención le obliga a tomar la decisión de acudir a otro Centro Hospitalario, atendiéndose además para su moderación a lo expuesto en cuanto a su incidencia a lo largo de este Fundamento»; y esta Sala no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar «nominatim» el Tribunal «a quo» para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia; sin que por lo demás, se reitera, ese discurso de conformación de los conceptos relativos al daño moral, tras y para su ordenada trascendencia o valoración económica, puedan verse desbordados o expansionados por el objetivo del recurso -con un alarde profesional merecedor empero de elogios-, de especular sobre la referida zozobra en una singular visión del recurrente según que la misma, como se estima por éste, ha persistido tanto «in actu» cuando la asistencia se recibió como «ex post» a su término iniciador del peregrinaje a otros centros sanitarios, porque

la Sala con acierto expone que esa sensación lacerante o erosionante concita sobre sí un único, en cierto modo, síndrome generador del atributo del resarcimiento, aspecto éste, que, en caso alguno, puede ser objeto de revisión en casación, por lo cual, con el rehúse del motivo procede la desestimación del recurso, con las demás consecuencias derivadas.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 701/1999 (Sala de lo Civil), de 30 julio de 1999

Recurso de Casación núm. 190/1995.

Jurisdicción: Civil

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

En la siguiente sentencia, el Tribunal Supremo Español rechazó la reclamación de daños morales que se basaba en los ocasionados por la infidelidad del cónyuge. Dice el TSE que la infracción del deber de fidelidad conyugal ya es causa legal de separación y genera un reproche ético-social. Pero no origina un resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad.

Los hechos necesarios para el estudio de la sentencia se relacionan en sus fundamentos de derecho.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

En la Villa de Madrid, a treinta de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de dicha capital, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por don Alberto V. M., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Aresti Alfaro, posteriormente sustituida por su compañera doña María Concepción Delgado Azqueta, en el que es recurrida doña María de los Angeles B. D., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de Madrid, fueron vistos los autos de menor cuantía número 889/1991, promovidos a instancias de don Alberto V. M., contra doña María Angeles B. D., sobre reclamación de cantidad.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... y tras los procesales oportunos, se sirva dictar sentencia por la que estimando la presente demanda condene a la demandada al pago a mi representado de veintidós millones doscientas mil pesetas (22.200.000 ptas.), en base a los siguientes conceptos: Como consecuencia del daño patrimonial sufrido por el esposo al mantener dos hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales entre doña María Angeles B. D. y don Vicente S. L., la cantidad de veinticinco mil pesetas (25.000 ptas.) por hijo y por mes, hasta el momento de la separación de hecho, lo que asciende a dos millones ciento cincuenta mil pesetas (2.150.000 ptas.). Se condene también a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión por don Alberto V. M. y que asciende a cincuenta mil pesetas (50.000 ptas.). En concepto de daño moral, se abone a mi representado la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 ptas.) por cada uno de los hijos. Así como también declare nulo el convenio regulador suscrito con fecha 17 de febrero de 1983 y se proceda a una nueva liquidación de la sociedad de conyugal (sic), y en el caso y supuesto de que la misma no pudiera practicarse por haber vendido la demandada los bienes adjudicados, se compense la diferencia entre lo adjudicado en la liquidación, que se solicita en la nulidad, con la realmente procedente, en metálico».

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando la excepción perentoria contemplada en el artículo 1968 del Código Civil, en relación con el 1902 del mismo Cuerpo Legal, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... y previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia, desestimando íntegramente las pretensiones solicitadas en la demanda de adverso, tanto las reclamadas en concepto de pago de pensiones, por ser cosa juzgada, como la de que se anule el convenio regulador y la liquidación de sociedad de gananciales, por estar ajustadas a derecho, declarando haber lugar a la excepción perentoria planteada de prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios por haber transcurrido más de un año desde que se conoció el hecho, que teóricamente da origen a esta reclamación. Todo ello con expresa

imposición de costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe».

Por el Juzgado se dictó Sentencia en fecha 5 de octubre de 1992, cuyo fallo es como sigue:

FALLO:

«Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador don Jacinto Gómez Simón en nombre y representación de don Alberto V. M., contra doña María Angeles B. D., representada por la Procuradora doña María Jesús González Díez, sobre reclamación de cantidad de daños morales y patrimoniales, petición de nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal, y condeno a la referida demandada a que abone al actor en concepto de daños morales la cantidad total de 10.000.000 de pesetas, absolviendo a la demandada del resto de las peticiones formuladas contra ella por el actor».

SEGUNDO.-Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia en fecha 28 de noviembre de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña María Angeles B. D., representada por la Procuradora señora González Díez y asistida por la Letrada doña Consuelo Abril González, contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, con fecha 5 de octubre de 1992, recaída en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la referida resolución, dictando en su lugar la siguiente: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por don Alberto V. M., representado por el Procurador señor Gómez Simón y asistido por la Letrada doña Laura López Lorenzo, debemos absolver y absolvemos a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, sin expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias».

TERCERO.-Por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Aresti Alfaro, posteriormente sustituida por su compañera señora Delgado Azqueta, en nombre y representación de don Alberto V. M., se formalizó recurso de casación que fundó en el siguiente motivo:

«Único.-Fundado en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento

jurídico o jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, concretamente los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del Código Civil».

CUARTO.-Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por la Procuradora señora González Díez, en nombre y representación de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.

QUINTO.-Habiéndose solicitado celebración de vista pública, se señaló para la celebración de la misma, el día quince de julio, a las 10.30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Alberto V. M. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña María de los Angeles B. D., sobre reclamación de 22.200.000 pesetas en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos, cuyas pretensiones tenían como antecedentes fácticos, los siguientes: -Don Alberto y doña María Angeles contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid, el día 8 de mayo de 1974-, -Durante el matrimonio nacieron dos hijos en 1977 y 1981 e inscritos con los nombres de Sergio y Arianne-, -En 8 de febrero de 1983, los esposos suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, procediendo así a una separación de cuerpos y bienes, quedando los hijos bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales-, -En 1984, doña María Angeles demandó a don Alberto, impugnando su paternidad respecto a los hijos mencionados, en cuyo procedimiento recayó Sentencia en 18 de marzo de 1986, en la que se declaró que don Vicente S. L. era el padre de los niños Sergio y Arianne, habidos con doña María Angeles B. D. de relaciones extramatrimoniales, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha relación paterno-filial, debiendo hacerse en el Registro Civil correspondiente las oportunas rectificaciones e inscripciones- y -En 1986 se instó por doña María de los Angeles demanda contra don Alberto sobre disolución del matrimonio por divorcio, y por Sentencia de 15 de febrero de 1988 se estimó la demanda, así como la reconvención, decretándose la disolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de don Alberto, Sentencia que fue confirmada por la dictada en 6 de mayo de 1989-. Las referidas pretensiones fueron resueltas por el Juzgado de

Primera Instancia número Veintiuno de Madrid, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, por lo que, con estimación parcial de la demanda, se condenó a doña María Angeles a abonar a don Alberto, en concepto de daños morales, la cantidad total de diez millones de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada por la dictada, en 28 de noviembre de 1994, por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por don Alberto V. M., y es esta Sentencia la recurrida en casación por el expresado don Alberto.

SEGUNDO.- En el recurso de casación se formula un único motivo amparado en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se denuncian, como infringidos, concretamente, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101, y se viene a argumentar, en síntesis, cuanto sigue: -La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible «descausalizar» tanto la separación como el divorcio-, -La infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el artículo 82.1 del Código Civil, sino que también se regula en el artículo 68, estableciéndose que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Es decir, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad y al que se refiere la Sentencia en el sentido de que la conducta de la demanda-apelante (sic) merece el reproche ético y social, y es además la infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68-, -Doña Angeles ha incumplido sus deberes como cónyuge a que le obliga el artículo 68, siendo infiel a su esposo. Y ésa es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está incursa en causa de separación porque así además lo ha querido el legislador en su artículo 82.1. Si sólo hubiera querido que la infidelidad fuera causa de separación, no lo habría incluido en el artículo 68, sino tan sólo en el artículo 82-, -El hecho de que el adulterio y amancebamiento hayan sido desprovistos de su tipificación penal no implica que la conducta tipificada en ellos, no produzca ya daños morales-, -El recurrente, no sólo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte

contraria lo sabe, pero no sólo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el diario «El País», circunstancia esta que incrementa el daño causado-, -El recurrente, ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el artículo 110 del Código Civil al padre, y el 39.3 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la conducta de la esposa- y -Todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación-.

TERCERO.- Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la Sentencia recurrida -que la Sala hace suyas- son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal «a quo» haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el rituario artículo 1715.3, resulta procedente declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Alberto V. M., con imposición de las costas causadas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Aresti Alfaro, en nombre y representación de don Alberto V. M., contra la Sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, que dictó la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-R. García Varela.- L. Martínez-Calcerrada y Gómez.-A. Barcala y Trillo-Figueroa.-Rubricados.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

§BAENA RUIZ, E.: "La vivienda familiar". Ponencia en el Seminario sobre Vivienda. Plan Estatal de Formación de jueces y magistrados. Madrid 1992.

§BAYO DELGADO, J. "La pensión de alimentos entre cónyuges separados". Comunicación en el Seminario sobre Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 1993.

§BERCOVITZ CANO, R.: "Comentarios al Código Civil", Coordinador. Ed. Aranzadi. Pamplona 2001.

§BUSTOS GOMEZ RICO, M.: "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros". Ponencia en el Seminario sobre Consecuencias juridicas de las uniones de hecho. Consejo General del Poder Judicial. CDJ 972003. Madrid 1997.

§CAMPOS PEREZ, Jaime Mauricio: Articulo: "La función pública del notariado y la protección de la vivienda familiar". El Salvador.

§DE ANGEL YAGÜEZ: "Perjuicios morales y de disfrute o placer", en Revista Española de Seguros, núm. 75, julio-septiembre 1993. Madrid.

§DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Temas de Derecho Civil-7. Madrid 1972.

§ESTRADA ALONSO, Eduardo: "Las uniones extramatromoniales en el Derecho civil español". Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

§GARCÍA LÓPEZ: "Responsabilidad civil por daños morales". Ed. Bosch, Barcelona 1990.

§HERNÁNDEZ GIL: "Derecho de Obligaciones". Ed. Ceura. Madrid 1983

§VARIOS AUTORES: "Comentarios al Código Civil". Ministerio de Justicia. Madrid 1993.

§HERRERO GARCIA, Mª José: Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil. Estudio de Derecho Civil en Libro homenaje a José Beltrán de Heredia y Castaño. 1984.

§ILLÁN FERNÁNDEZ, José Mª: "Los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". Ed. Aranzadi. Pamplona 2002.

§JUANES PECES, A.: "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial". Ponencia presentada en el Seminario de formación de jueces y magistrados sobre Vivienda. Plan Estatal 1992 del Consejo General del Poder Judicial. España.

§LÓPEZ AZCONA, A.: "La ruptura de las parejas de hecho". Ed. Aranzadi. Pamplona 2003.

§MONTERO AROCA, J. (Coordinador), GÓMEZ COLOMER, J.L., MASCARELL NAVARRO, Mª J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, Mª P.: "Los procesos matrimoniales". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1997.

§MONTERO AROCA, J.: "La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2002.

§MONTERO AROCA, J.: "El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales", en www.tirantonline.com.

§MONTES PENEDÉS, ROCA TRÍAS: "Derecho de familia, en www.tirantonline.com.

§Navarro Fdez.-Rodriguez C., "Comentario a la Scia. Aud. Territorial de Vizcaya de 3 de diciembre de 1985", en Rev. Poder Judicial, nº 2; Madrid, junio 1986)

§O'Callaghan Muñoz, J.: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho". Ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho (CDJ 972001). Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997.

§Pantaleón Prieto, F.: "La autoregulación de la unión libre". Revista del Poder Judicial nº 4. Madrid. Diciembre 1986.

§SANTOS BRIZ, J.: "Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares". III Simposium de Derecho Matrimonial y de Familia. Universidad de Navarra (España), 1984.

§SERRANO ALONSO, E.: "Manual de Derecho de Familia". Edisofer. Madrid 2000.

§SERRANO GÓMEZ, E.: La vivienda familiar en las crisis matrimoniales". Ed. Tecnos. Madrid 1999.

§VARIOS AUTORES: "Las uniones estables de pareja". Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2003.

§VIELMA MENDOZA, Y.: “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”, en http://civil/udg.es/cordoba.com/vielma.htm.