

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO
Y DE DOBLE GRADO DERECHO-ADE)**

**JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga.**

**JESÚS MARTÍN FUSTER
Abogado**

ACTUALIZADO A OCTUBRE DE 2018

LECCIÓN 1. EL DERECHO DE FAMILIA.

1. El concepto de familia. Familia y Derecho.

- Cuestión previa: ¿Debe entrar el Derecho en el ámbito de la familia, y si es así, hasta qué punto?

- Si es lo segundo, hay que resolver una cuestión importante: el alcance de la autonomía de la voluntad, esto es, hasta qué punto se pueden celebrar negocios jurídicos en el ámbito familiar. Por ejemplo, en materia matrimonial, ¿se pueden establecer en el matrimonio pactos relativos a la convivencia familiar, a la fidelidad conyugal, estipulaciones de orden económico, renunciar a los alimentos, a la pensión compensatoria, penalización económica en caso de pedir la disolución del matrimonio, fomento de la continuación del matrimonio (pago a uno de los cónyuges por el otro por no pedir la disolución del divorcio en un 1 año). O en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: ¿se puede renunciar a la paternidad, a la patria potestad, se pueden celebrar acuerdos de delegación de funciones paternas, pueden los menores celebrar contratos sin contar con sus padres o representantes legales?

- En suma, una cuestión importante para todo legislador es determinar cómo juega el **orden público** en la regulación legal de las cuestiones familiares.

- Nuestra CE no recoge una definición de familia. La ley regula y puede en el futuro regular aspectos de la familia. No obstante, la CE, en su artículo 39 CE, sí trata la familia de manera amplia, pero sin definirla. Partimos de un concepto prelegal o extraconstitucional de familia, lo cual permite al legislador una adaptación a una realidad social que demuestra ser totalmente cambiante, también en cuanto al concepto de familia.

- La familia no es una persona jurídica de base asociativa: por tanto, no tiene ni ha tenido nunca personalidad jurídica, sino sólo la de sus miembros. Esta idea está mucho más acentuada en la actualidad, donde ni siquiera existe un interés superior (el interés de la familia) por encima del interés particular de cada uno de sus miembros.

- No existe una jerarquización de intereses de unos miembros de la familia respecto de otros: eso podría atentar contra el principio de igualdad ante la ley.

- No obstante, si algo es claro en los momentos presentes, es la priorización del interés de los hijos menores por encima de cualquier otro interés protegible, sea de otros miembros de la familia, sea de terceros (principio del ***favor filii*** o de tutela del interés superior del menor: art. 2 de L.O. de Protección del Menor de 1996).

- Funciones de la familia: La familia sin embargo cumple una serie de funciones, y el legislador se ha preocupado por ella a veces en exceso. La familia antes era una unidad económica relevante, y ahora esta diluido, aunque siguen existiendo empresas familiares.

La familia sigue desempeñando funciones económicas, y también una función política, la familia es un grupo de personas en donde se produce de alguna forma la socialización del individuo.

La familia ha sido considerada como una especie de grupo político. No cabe duda de que por esa función de socialización, si el legislador pone un especial hincapié en la familia, la sociedad se proyectará de esa manera. Una familia muy basada en la autoridad paterna, proyecta una imagen o modelo que favorece la reproducción ulterior de un régimen político basado en la jerarquía y en el autoritarismo. Esa función socializadora a veces se produce de manera inconsciente.

Es importante la figura de la familia y el modelo de familia. Los modelos históricos han cambiado mucho. En el orden

romano era una familia muy amplia, formada por el *pater familias*, los convivientes y los esclavos, es una familia totalmente jerarquizada.

En otros lugares, ha existido un modelo de familia muy basada en la familia matriarcal (modelo germánico). La autoridad de la madre, es más importante que la del padre. Es evidente que esta familia tiene también una tradición y origen histórico o prehistórico.

Hemos pasado de una familia muy autoritaria, a una regulación actual basada en las relaciones horizontales.

2. Familia y Constitución. Principios constitucionales:

- Preceptos de la Constitución que tratan aspectos relacionados con la familia:
- **Art. 9** (principio de igualdad real)
- **Art. 10** (principio de dignidad de la persona y principio de libre desarrollo de la personalidad): Su importancia reside en ser la base de todos los demás derechos de orden personal o familiar.
- Ha sido utilizado como fundamento para la creación de nuevos derechos de la personalidad, o para reinterpretar los derechos preexistentes en clave más actual y adaptada a las circunstancias de cada momento. Ejemplos:
 - El derecho a tener un sexo bien determinado (la transexualidad). Ver la Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre

rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

- El derecho al matrimonio de los homosexuales.
- El derecho a conocer el propio origen biológico (como alternativa o complemento al derecho a la investigación de la paternidad).

- **Art. 14** (principio de igualdad legal): trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

- **Art. 18** (reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar): ¿la familia como ámbito cerrado y vedado al control o intervención pública?

- **Art. 27** (el derecho a la educación): Plantea dos tipos de cuestiones:

a) Posibilidad de educar a sus hijos en el propio domicilio?

b) Conflicto de intereses sobre la formación religiosa/ideológica de los hijos: ¿hasta qué punto tienen los padres derecho a decidir sobre la educación de los hijos? ¿Qué hacer en caso de conflicto entre el interés de los padres y el interés del hijo menor, con cierta capacidad de discernimiento?

- **Art. 32** (matrimonio) y **art.39 CE** (protección de la familia).

- **Art. 32: El matrimonio en la Constitución:**

Artículo 32. 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los

cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

- Se reconoce en el artículo 32 CE como derecho fundamental (de segundo grado) el derecho a contraer matrimonio.
- ¿Supone el reconocimiento de este derecho el otorgamiento de un “plus” a la familia matrimonial sobre la no matrimonial? Entendemos que no (con base en el artículo 39 CE).
- Se ha dudado si este precepto constitucional limita el matrimonio al contraído por personas de distinto sexo (matrimonial heterosexual): la duda ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en el recurso planteado contra la reforma del Código Civil por Ley de 8 de julio de 2005.
- El derecho a casarse comprende el derecho a no casarse (de modo que los poderes públicos no pongan cortapisas a tal facultad de elección, o no condicionen el derecho a elegir libremente una de esas opciones, fomentando de manera especial una de ellas).
- No se pueden imponer cortapisas que hagan inviable ese derecho o que afecten a su “contenido esencial” (art.53.1 CE). Determinación de qué debe entenderse por tal “contenido esencial”:
 - a) Atender al interés tutelado.
 - b) Aspectos que lo hagan reconocible como tal derecho respecto de los demás.
- Se establece también en el art.32 que el matrimonio se celebra con “plena igualdad jurídica”: el matrimonio no puede ser fuente de discriminación por razón de sexo. (Ello al margen de posibles pactos). Cuestión: ¿sería inconstitucional una ley que exigiese para casarse distinta edad a los hombres y a las mujeres?

- El art.32.2. remite a la ley ordinaria la regulación de la edad y capacidad para casarse, las formalidades del matrimonio y las causas de disolución, incluido el divorcio. Alcance de este apartado:
 - a) La ley ordinaria tiene libertad para fijar la edad, pero sin que ello suponga poner cortapisas injustificadas por tal motivo.
 - b) En cuanto a la capacidad: también la ley deja libertad al legislador ordinario, pero siempre respetando el “contenido esencial”:
 - Limitaciones por razón de salud (aquí entra el parentesco cercano)
 - Limitaciones por razón de seguridad del Estado?
 - Limitaciones por razones religiosas o sociales: no cabe. Son límites que afectarían directamente al contenido esencial.
 - c) La remisión a las formalidades del matrimonio (completado con el art. 149.1.8ª CE sobre “formas de matrimonio”), hace pensar en si sería constitucional una ley que ordenase una única forma de matrimonio (civil), o exigiera (como sucede en Francia, por ej.) que el matrimonio siempre se deba celebrar ante la autoridad civil (y luego se permite la forma religiosa respectiva, pero sólo a efectos protocolarios). Creo que no sería inconstitucional.
- Cabe no sólo dos o más formas de contraerlo, o podría ser también constitucional la existencia de dos o más tipos de matrimonio con regulación diferente para uno y otro tipo?
- ¿Significa, por otro lado, que el matrimonio debe ser siempre un negocio formal? ¿Se admitirían modalidades de matrimonio “aformales”? (de hecho, está sucediendo con los Registros de Uniones de hecho o de Parejas Estables de las CC.AA.).

-d) Al establecer la remisión a la ley para regular las causas de disolución: está exigiendo que en todo momento debe reconocerse la posibilidad del divorcio (aplicación del principio del libre desarrollo), sea cual sea el tipo de matrimonio.

No obstante, el legislador es libre de regular con más o menos amplitud las causas de divorcio (tanto la antigua regulación de 1981 como la actual han sido perfectamente constitucionales).

- **La familia en la Constitución:**

Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

- El artículo 39 establece la protección social, económica y jurídica de la familia.

- No se prejuzga el tipo o tipos de familia a los que se protege: se remite a una concepción social de lo que sea familia en cada momento histórico.

- Eso no significa que todo aquello que la sociedad tolere como forma de convivencia, automáticamente conllevará reconocimiento social y por tanto protección de los poderes públicos: sólo la tendrán aquellos núcleos que la sociedad tengan aceptación social más o menos extensa en cada momento histórico.

- No creemos que la norma facilite un trato desigual a los diversos tipos o modalidades de familia reconocidos socialmente: deben ser tratados igual, con la única particularidad de su propia idiosincrasia (por ej. en una unión de hecho, los derechos y deberes deben ser distintos de los del matrimonio, pero ello no debe suponer un trato discriminatorio en cuanto a la asistencia pública a los diversos tipos familiares).

- Se establece el principio de protección integral de los hijos, sin que pueda haber lugar a discriminación por razón de filiación.

La norma se refiere a los efectos, fundamentalmente; lo cual no excluye en principio la posibilidad de diferencias a la hora de determinarse la filiación o en cuanto a las acciones de filiación.

- Se establece como principio el de la investigación de la paternidad, pero no se fijan sus límites concretos. Por tanto, podrá ser limitado o excluido en determinados casos, según criterios razonables del legislador ordinario. Esto plantea la cuestión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la limitación derivada de las técnicas de reproducción asistida (anonimato del donante impuesto por ley) por chocar contra este principio.

Hay que tener en cuenta que este principio tiene una raigambre histórica, en cuanto tiene su causa en unas determinadas circunstancias históricas (tutela de los hijos extramatrimoniales). Ahora existen otras, en concreto de las citadas técnicas, que exigen un cambio de planteamiento. ¿Pero hasta el punto de excluir totalmente la aplicabilidad de este derecho, tan arduamente conseguido?

- Se dispone la responsabilidad paterna en el cuidado de los hijos, como deber pero al mismo tiempo como facultad. Pero se hace más hincapié en el aspecto de deber: esto ha influido en la regulación actual de la patria potestad y la

tutela de menores, y en el tratamiento de los menores en la Ley del Menor. Del mismo modo, tiene o puede tener trascendencia en la regulación legal del deber de alimentos entre parientes y el momento de su devengo.

- Hay finalmente una remisión a los Tratados internacionales para protección de los hijos, como complemento de la Constitución y las leyes.

3. El Derecho de Familia como rama del Derecho Civil. Caracteres:

- Se discutió históricamente si esta rama del derecho formaba parte del Derecho Público (CICU). Hoy nadie duda que forma parte del Derecho Privado.

- Caracteres:

1.- Influencia de concepciones morales.

- Tiene una mayor influencia que el resto de las ramas, de las cuestiones morales y religiosas. Esto es cierto, pero tan solo en parte. La influencia religiosa por ejemplo, ya no es especialmente relevante.

La influencia del cristianismo en el derecho de familia ha sido muy importante. El matrimonio es un negocio solemne que hay que celebrar con una determinada forma y proviene de la influencia cristiana. Antes del cristianismo, los matrimonios no eran negocios solemnes. Hoy todas las CCAA tienen regulación sobre uniones de hecho. Están equiparadas al matrimonio. Sin embargo, no se constituyen las uniones de hecho forma solemne. En algunas CCAA se exige inscripción en el registro de uniones de hecho.

- Se puede decir que el aspecto ético y no jurídico del matrimonio persiste en cuanto a los derechos conyugales. Ej: los

cónyuges deben respetarse mutuamente, los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad, compartir las tareas domésticas...etc. Esto son los deberes conyugales. Estos deberes no son coercibles jurídicamente. Ningún poder público puede coaccionar, por ejemplo, para convivir con el cónyuge.

2.- Menor autonomía privada:

El Derecho de familia es un derecho donde juega menos la autonomía de la voluntad que en otras partes del derecho privado. Es más, en algunos momentos, se ha dicho que debería de estar fuera del derecho privado por el carácter imperativo de sus normas.

La autonomía de la voluntad tiene tres límites: ley, moral y orden público.

¿Qué podemos decir que es de orden público innegociable, que no se puede negociar entre las partes?

- a) La poligamia no es admitida en nuestro país. Por la protección de la dignidad de la persona, no del polígamo, sino de las personas que contraer matrimonio con el polígamo. Es también una razón de seguridad jurídica, de las expectativas económicas, aunque tampoco es un factor decisivo.
- b) Los deberes conyugales no se pueden alterar, pero el Estado no se puede inmiscuir en cómo se organicen los cónyuges. Existe un único modelo de matrimonio al contraer matrimonio, no se pueden modificar a la hora de prestar el consentimiento en el momento de contratarlo, porque se aplican a todo matrimonio. Una vez celebrado el matrimonio, si los cónyuges pactan que no rija el deber de fidelidad, puede tener consecuencias. Si se puede demostrar que después de casados acordaron sobre el deber de fidelidad, puede tener influencia en el ámbito por ejemplo, de la filiación. Probablemente aquí, el principio de presunción de paternidad ya no existiría. El derecho de socorro mutuo: ¿puede alterarse contractualmente entre los cónyuges el régimen de asistencia económica entre ellos? En el caso del régimen económico

matrimonial, existen capitulaciones matrimoniales, y se puede establecer el que se quiera. ¿Hasta el punto de denegar asistencia a uno de los cónyuges? No existe norma que lo prohíba, a pesar que el artículo 67 establezca que haya que socorrerse mutuamente.

¿Son imperativas las normas sobre disolución del matrimonio? Por supuesto. Esto es así, para dar seguridad jurídica. ¿Qué valor jurídico tendría el que ellos sin acudir al juez en un momento determinado se establezca dar por disuelto el matrimonio? ¿Qué valor jurídico tendría esa disolución del matrimonio? Sería vinculante *inter partes*, en cuanto podría producir efectos entre los que lo acordaron, pero no los tendría frente a terceros.

- c) La prevalencia del menor es un principio de orden público. Tanto en el código civil como en la ley del menor, impera el principio de protección integral del menor o de prevalencia de interés del menor sobre cualquier otro.

4. Familia y parentesco:

- No hay un tratamiento específico en el Código Civil, fuera de la regulación contenida en materia de sucesión intestada (arts. 915 a 920 CC).

- Efectos jurídicos del parentesco:

- Por consanguinidad: Derecho de alimentos, derecho sucesorio (intestado y legitimario).

- Por afinidad: Tan sólo se recoge algún efecto muy puntual en el art. 754 CC.

LECCIÓN 2. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

1. La obligación de alimentos entre parientes. Fundamento y caracteres:

Fundamento:

- Fundamento legal: el art. 39 CC, que remite a lo que diga la ley (puede en el futuro ampliar o reducir los sujetos beneficiarios). Se limita a los alimentos de padres respecto de hijos (no respecto de otros parientes, que no se fundamenta en el art. 39 CE).
- Derecho a la vida (excesivamente dramático, y poco adaptado a una sociedad como la nuestra).
- Principio de solidaridad familiar. Efecto típico del parentesco (aunque sólo surge cuando se dan los dos parámetros básicos: necesidades y medios de quien la presta).
- Relaciones entre familia y Estado en la prestación de alimentos:

a) Hecho evidente: En una sociedad como la nuestra, el Estado cubre muchos aspectos que serían propios del deber alimenticio (asistencia sanitaria gratuita, educación gratuita, etc...).

b) Estas prestaciones permiten excluir en ocasiones el presupuesto de la “necesidad” del alimentista, y por tanto excluir la obligación misma.

c) La obligación de alimentos coexiste con la asistencia pública (también como “obligación” pública): se puede ir más allá de lo que el Estado proporciona, ya que la obligación de alimentos no se limita al mínimo exigible.

d) Propiamente no puede hablarse de subsidiariedad de la obligación de alimentos respecto de las prestaciones públicas. Los alimentos entre parientes cubren lo que no cubre el Estado, y cubren más allá de lo que lo hace el Estado, en unas circunstancias concretas (si además el que los da tiene medios abundantes: conforme a su nivel social).

- Ambito de aplicación de los arts. 142 ss C.Civil:

- Sobre todo en casos de crisis matrimonial (separación), donde es evidente, y también, según cierta doctrina, en casos de hijos no convivientes, o de pérdida de la patria potestad. No obstante, esta idea resulta dudosa, a la vista del art. 110 C.Civil.

- Si no son aplicables los arts. 142 ss., es porque esta obligación queda embebida en otras funciones o potestades más amplias, como la patria potestad o el matrimonio.

- ¿En qué se diferencian los alimentos aisladamente, de los alimentos en la patria potestad o el matrimonio?

- En el matrimonio, los alimentos entre cónyuges no se limitan a las condiciones y límites de los arts. 142 y 146 CC,

sino que van más allá. No hay que reclamarlos judicialmente para que nazcan. Estos alimentos se extinguen con la disolución/divorcio. (¿Es constitutiva hoy día una sentencia de divorcio?).

- ¿Podría pactarse una prolongación de la pensión alimenticia más allá del divorcio? ¿Podría acortarse, y darse por extinguida, con la decisión de las partes de divorciarse, pero antes de la sentencia de divorcio?

- Los arts. 142 ss. se aplican al matrimonio en casos de crisis matrimonial (separación de hecho o judicial, pero no en caso de divorcio).

- Hijos menores de edad: Se aplica el art. 110 CC (Si hay filiación, pero no patria potestad) y el art. 154 CC si hay patria potestad. Particularidades:

- No juegan los límites cuantitativos del art. 146 CC.

- No juega la idea de necesidad (puede que el hijo tenga sus propios medios económicos, pero no por ello dejan de tener los padres obligación de alimentarlos conforme a los arts. 110 y 154 CC, aunque puede jugar el art. 155 CC).

- No se aplican las mismas causas de extinción del art. 152 CC.

- No hay que reclamarlos judicialmente para que nazcan, aunque el Tribunal Supremo ha mantenido otra tesis.

- Entonces, ¿cuándo se aplica a los menores el art. 142 ss CC? Se afirma que cuando no hay convivencia con los hijos menores, lo cual es muy dudoso, o cuando se trata de alimentar a otros parientes más lejanos (nietos) por parte de los abuelos. También, a los hijos pero a partir de la mayoría de edad.

- Diferenciar los alimentos de la pensión compensatoria en el divorcio.

Caracteres:

- Obligación legal: Se le aplican las normas generales de las obligaciones, salvo regulación específica.
- Contenido patrimonial: No es propiamente una obligación de contenido patrimonial, pero en la práctica lo es, al menos en cuanto se incumple. (Su efectividad se percibe justamente cuando hay alguien que la reclama y alguien renuente a cumplirla).
- Personalísima: Se extingue con la muerte. No cabe su transmisión.
- Intransmisible: No se puede transmitir en vida con carácter genérico. No obstante, cabe cesión de prestaciones concretas ya vencidas y exigibles. Cabría la licitud de los pactos sobre el modo de ejecución o cumplimiento.
- Irrenunciable e intransigible: Explicación. Sería una renuncia nula en cuanto sería en perjuicio de tercero (si no hubiera tercero perjudicado -el Estado u otros parientes más lejanos-, acaso podría valer).

No obstante, sí son renunciables las prestaciones ya vencidas. ¿Podría ser válido un pacto de reducción del contenido de la prestación (por debajo de las necesidades reales, o con cobertura sólo parcial de las mismas)? El art. 1814 CC lo prohíbe. Respuesta flexible: cabría, pero en un determinado momento; no sería vinculante de cara al futuro (pero seguramente no podría reclamarse retroactivamente).

- Recíproca: No en el sentido del art. 1124 CC, sino que es de doble dirección, pero en momentos diferentes. No puede subsistir a la vez en una y otra dirección (no se darían sus presupuestos).
- Excepción a la reciprocidad: art. 110 y 111 CC, art. 154 CC, o causa del art. 152.5º CC.
- Imprescriptible: No desaparece con el tiempo por su no ejercicio, ni con la llegada a determinada edad (aunque esto

podría modificarlo la ley ordinaria ex art. 39.3 CE). Es consecuencia del vínculo de parentesco, que no desaparece con el tiempo (salvo adopción). Sí prescriben las prestaciones concretas (art. 1966.1º CC: cinco años).

- Proporcionalidad: Art. 146 CC.

- Irretroactividad: art. 148.1 CC.

- Fundamento: La protección del deudor de alimentos, según reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- Los hijos cuya filiación sea determinada, no pueden reclamar alimentos a su padre ya declarado con efectos retroactivos, sino sólo a partir de la demanda judicial, lo cual resulta bastante discutible. En otros ordenamientos se admite a partir del requerimiento extrajudicial. (Quizás podría ser viable una acción de enriquecimiento sin causa por tercero que los ha cubierto, si no lo hizo de forma gratuita).

- Por las mismas razones, en teoría, tampoco cabría reclamarlos retroactivamente si por pacto se fijó cuantía, pero resultaba insuficiente o era inferior a la legal.

- Modificable en función del cambio de circunstancias: (¿aplicación de la Cláusula *rebus sic stantibus*? No exactamente: la ley en su art. 147 CC es más flexible en cuanto a los presupuestos de modificabilidad).

2. Los sujetos obligados:

- Los parientes en línea recta ascendente y descendente.
- Los cónyuges.
- Los hermanos.

- Alimentos entre hermanos: auxilios necesarios para la vida (luego los alimentos respecto de los demás parientes engloba algo más, no sólo en cuanto a las prestaciones concretas, sino también en cuanto a la intensidad de las mismas).
 - No hay deber legal de alimentar a otros parientes o extraños: por ej., no cabe respecto de sobrinos, o primos hermanos. Cabe prestarlos de forma voluntaria y gratuita (sin posibilidad de reembolso) o mediante acuerdo o contrato de alimentos (en cuyo caso se atenderá a lo pactado: art. 153 CC). El caso de los sobrinos es dudoso (¿habría derecho de representación en línea colateral, por la remisión del art. 144 CC a las normas intestadas? No parece defendible).
 - Pluralidad de alimentantes: Principio de *mancomunidad o parciariedad*, y *no solidaridad*: cada alimentante contribuirá de forma separada y en función de sus posibilidades patrimoniales.
 - En principio, debería haber litisconsorcio pasivo necesario, en los procedimientos de reclamación de alimentos (si están en el mismo grado).
 - Orden de prestación en art. 144 CC: Regla general: art. 144 CC (cuando son varios los posibles obligados, respecto de un único alimentista, o varios los sujetos con derecho a alimentos, se sigue ese orden).
- Excepción: Si son varios los alimentistas simultáneamente respecto de un mismo alimentante, y no haya bienes suficientes, se preferirá a los hijos menores antes que al cónyuge.

3. Contenido de la obligación de alimentos y modos de cumplimiento:

- Ver el artículo 142 CC: prestaciones concretas.

- El art. 149 CC: Principio de elección por parte del alimentante, salvo excepciones. Puede elegir entre pago de pensión en metálico (mensual) o acoger en casa al alimentista.

- Excepciones a los alimentos en el domicilio del alimentante:

- a) Cuando vaya en contra de la situación de convivencia según las normas aplicables.
- b) Cuando vaya en contra de una resolución judicial.
- c) Cuando concurra justa causa o perjudique el interés del menor de edad.

4. Incumplimiento y extinción de la obligación de alimentos:

- Incumplimiento:

El incumplimiento supone una infracción de la ley, por lo que debe ser objeto de sanción:

- Vía de embargo de los bienes del deudor y vía de ejecución forzosa. No es una sanción sino exigir el cumplimiento. La sentencia firme de alimentos, es un título ejecutivo judicial, por lo que, si la pensión ya ha sido fijada, no será necesario un juicio declarativo para obtener su pago.
- Puede constituir delito conforme al art. 226 C.Penal
- Puede ser causa de privación de la patria potestad, art. 170 CC
- Es justa causa de desheredación
- Es justa causa de revocación de las donaciones

- Extinción de la Obligación de alimentos:

- 1.- Muerte: tanto del deudor como acreedor, por su carácter personal

2.- Insuficiencia patrimonial del deudor: cesa la obligación cuando la fortuna del obligado a darlo se hubiera reducido hasta el punto de no poder cubrir sus necesidades *y las de su familia*. Aclaración: El alimentista también es familia, sin embargo la norma se refiere a la familia más próxima (por ejemplo: si tengo que alimentar al abuelo, antes tiene que cubrir las necesidades de sus hijos, antes de alimentar a su abuelo).

3.- Desaparición de la necesidad del alimentista. El fundamento de obligación de alimentos está en la necesidad; si la necesidad se reduce, se reduce también la obligación. Se refiere la norma a cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, de suerte que no necesite alimentos. Ha de ser una posibilidad real y actual, no remota.

4.- Cuando el alimentista ha incurrido en causa de desheredación: remisión al art. 853 CC y la reciente doctrina jurisprudencial sobre desheredación.

5.- Cuando el alimentista sea descendiente, y no trabaja lo suficiente (cuando la necesidad de él procede de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo). No debería haber motivo si se diera el caso de que fuera un ascendiente. En la práctica no suele aplicarse. Parece que se refiere a un trabajo autónomo.

Prescripción: art. 1966 CC: las prestaciones vencidas y no pagadas, prescriben a los 5 años. La prescripción no es propiamente una causa de extinción.

5. Pacto de alimentos

Art. 153CC respecto a pactos de alimentos. Se regirá por lo establecido en el contrato y subsidiariamente se regirá por la ley en lo no previsto en el acuerdo. En la medida en que hablemos de pactos de alimentos sin fundamento en la ley, o pactos adicionales a los alimentos legales, se regirá por lo pactado y no por los dos parámetros básicos de necesidad y capacidad económica.

-Remisión al contrato de alimentos (art. 1791 ss. CC).

JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE ALIMENTOS:

Sentencia del TS de 20 de julio de 2017:

La sentencia 184/2016, de 18 de marzo , en que se apoya la parte recurrente, establece, en efecto, un cuerpo de doctrina para supuestos de esta naturaleza.

Se pronuncia en los siguientes términos:

1.- La sentencia de 17 de febrero de 2015 contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTs de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014). ii) Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.

2.- Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, en la que recoge que:

«El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y **en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento**, como dice el artículo 93 del Código Civil , y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC . Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

»La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil , las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC , esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.»

3.- En esta línea jurisprudencial se ha venido pronunciando la Sala en sentencias posteriores, como la de 10 de julio de 2015, 15 de julio de 2015 y 2 de diciembre de 2015.

TERCERO

Si se aplica la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, con respeto a los hechos probados, cualquier obligación exigible en la actualidad será ilusoria por la pobreza absoluta de la recurrente.

Tal circunstancia, por respeto al orden público y al interés del menor no puede suponer la supresión de la obligación de la madre de prestar alimentos a la hija menor, pero sí su suspensión hasta que se encuentre en condiciones de prestarla para los gastos más imprescindibles de

aquella.

Como recogía la sala en la sentencia antes citada «en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, a salvo las posibilidades que se recogen en las sentencias citadas, debiendo ser las Administraciones públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos».

Sentencia del TS de 22 de junio de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes .

D. Antonio, hoy recurrente, interpuso demanda de modificación de medidas contra Dña. Ariadna en la que solicitaba la extinción de la obligación del demandante de abonar pensión de alimentos a favor de su hijo mayor de edad (nació en 1994), así como el pago del alquiler y gastos de la vivienda, y, subsidiariamente, la limitación temporal de los alimentos hasta que el hijo beneficiario de la pensión alimenticia cumpliera los 23 años de edad, reduciéndose su cuantía a la suma de 150 euros mensuales.

La sentencia de primera instancia, tras su aclaración, estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas, y acordó el mantenimiento de las medidas acordadas (en concreto la obligación del pago del alquiler de 625 euros y gastos de la casa de luz, agua, gas y basuras) salvo en lo que respecta a la pensión de alimentos de 600 euros fijada a favor de Emilio , la cual se mantendría en su integridad mientras Emilio cursase sus estudios de formación profesional o análogos, y que en el plazo de los tres años siguientes a la notificación de esa resolución, dicha pensión se reduciría, en todo caso, al 50%.

La sentencia fue recurrida en apelación por los dos progenitores.

La Audiencia, por sentencia de 28 de octubre de 2016, acordó desestimar el recurso del demandante y estimar el de la demandada, y, revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda.

La sentencia parte de los siguientes hechos no controvertidos o suficientemente acreditados: Emilio es hijo común de los litigantes, nació en 1994. Convive con la madre y carece de medios económicos. Con ocasión del divorcio de los litigantes, por sentencia de 24 de julio de 2008 , se

estableció como contribución del padre en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 600 euros mensuales y la mitad de los gastos extraordinarios del hijo. Además el padre debía abonar 625 euros en concepto de alquiler de la vivienda donde reside Emilio , más los gastos de luz, agua, basuras y gas de dicho domicilio. Durante su adolescencia Emilio ha sido pésimo estudiante. Consiguió el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria en 2015, con 20 años cumplidos. En julio de 2015 se matriculó en el primero de los dos cursos del ciclo formativo de grado medio de FP, desconociéndose su aprovechamiento actual.

La Audiencia entiende que existen ejemplos diversos entre las Audiencias Provinciales, del establecimiento de limitaciones temporales de las pensiones alimenticias de los hijos mayores de edad -limitaciones que suelen operar sobre la base de una previsión cierta de terminación de la fase de formación académica, con posibilidades de incorporación inmediata al mercado de trabajo, o ante conductas de escaso aprovechamiento escolar, estableciéndose un acicate, o seria advertencia al alimentista para modificar su actitud-, pero que el Tribunal Supremo, sin diferenciar entre hijos mayores y menores de edad, aunque el caso resuelto afectaba sólo a menores, ha proclamado que la limitación temporal «no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil» (STS de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 249)).

Por esta razón, la Audiencia concluye que no es posible extinguir o, al menos, limitar temporalmente, la contribución alimenticia establecida en su día en interés de Emilio . Parece que ha madurado y la mala conducta y falta de aplicación al trabajo de los años de adolescencia no subsiste en este momento, en el que, presumiblemente está cercano el momento en que ha de concluir sus estudios y estar en condiciones de incorporarse al mercado laboral.

Contra la anterior sentencia D. Antonio ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional.

El recurso contiene dos motivos.

Motivo primero: por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los arts. 93.2 , 142 y 152.5 CC . Inaplicación de los criterios jurisprudenciales respecto a la pensión de alimentos para hijos mayores de edad, su condicionalidad y extinción por generar la necesidad alimenticia el alimentista debido a su propia conducta. STS 703/2014, de 19 de enero de 2015; STS 55/2015, de 12 de febrero; STS 603/2015, de 28 de octubre y STS 558/2016, de 21 de septiembre .

Argumenta que la sentencia recurrida infringe la doctrina del Tribunal Supremo al identificar plenamente el derecho alimenticio de los hijos mayores de edad con este mismo derecho respecto a los menores de edad, cuando es reiterada la jurisprudencia de esta sala que los diferencia y

configura de manera diversa, generándose diferentes consecuencias para los hijos mayores respecto a los menores en el derecho de alimentos, pues al ser menores, más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existe son deberes insoslayables, inherentes a la filiación, con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. Alcanzada la mayoría de edad por los hijos, la obligación alimenticia se mantiene, si bien ya no de manera incondicional sino condicionada a unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos y con un contenido económico distinto. La sentencia recurrida aplica una jurisprudencia de esta sala delimitada en un procedimiento de guarda y custodia compartida y, por tanto, con hijos menores de edad sometidos a patria potestad que conlleva la incondicionalidad de la prestación alimenticia.

En este caso resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 152.5 CC respecto a la extinción de la pensión de alimentos cuando el alimentista descendiente del obligado a dar alimentos genere la necesidad de estos por su mala conducta o falta de aplicación al trabajo. Según los hechos probados, el hijo finaliza los estudios de la ESO con 20 años de edad, cuando normalmente se finalizan con 15 años. En los años sucesivos han existido dos en los que no se ha matriculado en nada y al iniciarse este procedimiento se matricula en estudios de Formación Profesional, que consta de dos cursos lectivos.

Motivo segundo: respecto a los criterios interpretativos de los arts. 93.2 y 142 CC . Posibilidad de limitación temporal del derecho alimenticio al no configurarse la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con carácter incondicional. STS 558/2016, de 21 de septiembre, y STS 55/2015 de 12 de febrero.

Argumenta que la Audiencia Provincial aplica erróneamente la jurisprudencia de esta sala respecto a la pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad que, como consecuencia de tratarse de una obligación derivada de la patria potestad del art. 154 CC tiene el carácter de derecho incondicional. Reitera lo manifestado en el anterior motivo del recurso de casación en cuanto a la diferenciación efectuada por el Tribunal Supremo entre la pensión de alimentos de los hijos menores de edad y los mayores.

La temporalidad de la pensión de alimentos, vinculado con su actitud personal en su aprovechamiento académico, supone un acicate para realizar un esfuerzo inexistente hasta el momento, ante la certeza de la supresión de la pensión a una fecha determinada. Esta temporalidad de la pensión de alimentos en los supuestos de establecerse para hijos mayores o a los que ésta sobreviene en el procedimiento de familia, se encuentra presente dentro del art. 93.2 CC , sobre todo en aquellos supuestos en los que, si bien todavía no existe causa de extinción de los alimentos, se trata de alimentistas en condiciones de obtener a corto plazo, con un esfuerzo que no se está realizando, una ocupación laboral

que garantice su propia subsistencia. Si pese a un intento real de incorporación al mercado laboral éste no se consiguiera, el hijo siempre tendría la posibilidad de solicitar alimentos a sus progenitores por causa de efectiva y real necesidad en el procedimiento declarativo correspondiente.

SEGUNDO

.- Motivos primero y segundo.

Motivo primero.- Recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, por oposición en la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los arts. 93.2 , 142 y 152.5 del Código Civil . Inaplicación de los criterios jurisprudenciales respecto a la pensión de alimentos para hijos mayores de edad, su condicionalidad y extinción por generar la necesidad alimenticia el alimentista debido a su propia conducta. STS 703/2014, de 19 de enero de 2015, STS 55/2015, de 12 de febrero, STS 603/2015, de 28 de octubre y STS 558/2016, de 21 de septiembre .

Motivo segundo.- Recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3 de la LEC, respecto a los criterios interpretativos de los arts. 93.2 y 142 del Código Civil . Posibilidad de limitación temporal del derecho alimenticio al no configurarse la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con carácter incondicional. STS 558/2016, de 21 de septiembre y STS 55/2015, de 12 de febrero.

Argumenta que la sentencia recurrida infringe la doctrina del Tribunal Supremo al identificar plenamente el derecho alimenticio de los hijos mayores de edad con este mismo derecho respecto a los menores de edad.

Añade la posibilidad de establecer un límite temporal a la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad, que sirva de acicate para la consolidación de los estudios y que impida que los efectos de la indolencia recaigan sobre los progenitores.

TERCERO

.- Decisión de la sala.

Se estiman los motivos.

El art. 93 del C. Civil establece la necesidad de que los padres atiendan económicamente los alimentos de los hijos mayores de edad, si

carecieran de ingresos propios, alcanzando a los que aún no hayan terminado su formación, por causa que no les sea imputable a los hijos (art. 142 del C. Civil).

El art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos, cuando el hijo pueda ejercer una profesión u oficio.

El apartado 5 del art. 152 del C. Civil establece la cesación de la obligación de prestar alimentos:

«Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa».

Art. 142:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

»Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

En la interpretación de esta normativa se entiende en la resolución recurrida que no puede establecerse un límite temporal a los hijos mayores de edad, relativo a la conclusión de sus estudios.

En la resolución recurrida, para llegar a tal solución se cita la sentencia de esta sala de 11 de febrero de 2016, desconociendo que la misma se dicta en un supuesto de hijos menores de edad, cuando en el presente se trata de mayores de edad.

Esta sala en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre y la núm. 372/2015, de 17 de junio, en las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios mas allá de la mayoría de edad.

Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró:

«Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (artículo 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata».

CUARTO

.- En la resolución recurrida consta como probado por directa mención o por acogimiento de lo declarado en la instancia que:

- 1. Emilio nació el NUM000 de 1994.*
- 2. «Durante su adolescencia Emilio , ha sido un pésimo estudiante».*
- 3. Terminó la ESO con 20 años.*
- 4. En 2011 tuvo siete insuficientes.*
- 5. En 2012 y 2013 no cursó estudios.*
- 6. Al interponerse la demanda de modificación de medidas Emilio se matriculó en formación profesional, rama de automoción, cuyo aprovechamiento no consta.*
- 7. Convive con su madre.*

Partiendo de estos hechos ha de acogerse la pretensión esgrimida en el recurso, como principal, declarando la extinción de la pensión alimenticia, incluida la contribución al alquiler, en su día fijada, dado que no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad (Emilio), pues pese a estar en edad laboral ni trabaja ni consta que estudie con dedicación, ya que solo se acredita la matriculación en fechas inmediatas a la interposición de la demanda de modificación de medidas.

Esta sala, debe declarar que la no culminación de estudios por parte de Emilio es por causa imputable a su propia actitud, dado el escaso aprovechamiento manifestado de forma continuada, pues no se trata de una crisis académica coyuntural derivada del divorcio de los padres.

De lo actuado se deduce que el hijo mayor de edad reunía capacidades suficientes para haber completado su formación académica, debiéndose las interrupciones y la prolongación en el tiempo a su escasa disposición para el estudio. Tampoco consta intento de inserción laboral.

Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2016:

“...PRIMERO. Los hechos declarados probados en la instancia y antecedentes procesales relevantes para resolver el presente recurso de casación han sido los siguientes:

1. En el año NUM000 , nació Hipolito , fruto de la relación sentimental mantenida por su madre, doña Clara , con don Cosme .

2. La paternidad de don Cosme quedó determinada legalmente por sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008 por el del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao , confirmada por la sentencia 174/2009, de 6 de mayo, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia . Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que interpuso don Cosme se inadmitieron por auto de esa sala de 2 de marzo de 2010 (PROV 2010, 95748) (Rec. 1394/2009). El 9 de junio de 2011 la filiación paterna de Hipolito fue inscrita en el Registro Civil.

En la demanda iniciadora del proceso de filiación, interpuesta por doña Clara en 2007, no se acumuló a la acción de reclamación de la paternidad de don Cosme una acción de reclamación de alimentos para Hipolito .

3. El 6 de mayo de 2012 doña Clara formuló frente a don Cosme demanda de medidas paterno filiales. En ese procedimiento, recayó la sentencia 532/2012, de 29 de noviembre, del Juzgado de Familia núm. 6 de Bilbao , que, en lo que interesa en esta sede, estableció a cargo del padre una pensión de alimentos de 600 euros al mes, que «conforme al artículo 148 del Código Civil» don Cosme debería abonar «desde la fecha de presentación de la demanda». Ninguna de las partes recurrió contra dicha sentencia, que quedó firme.

4. Desde el nacimiento de Hipolito hasta el 6 de mayo de 2012, don Cosme no había contribuido en modo alguno al mantenimiento de su hijo.

5. En febrero de 2013, doña Clara interpuso contra don Cosme la demanda iniciadora del presente proceso, en la que ejercitó la acción de reembolso, al amparo del artículo 1158 CC , del 80 por 100 de las cantidades que ella había empleado en el mantenimiento de Hipolito desde el nacimiento de éste hasta el día 6 de mayo de 2012, esto es, durante 78 meses.

La actora cuantificó en 1.000 euros el coste mensual del mantenimiento de Hipolito . Alegó que la abismal diferencia entre su posición económica y la de don Cosme durante el periodo relevante justificaba, conforme al artículo 145 CC , asignar don Cosme un 80 por 100 del referido coste. En consecuencia, pidió que se condenase a éste a pagarle un total de 62.400 (0,8 x 78 x 1.000) euros.

6. El Juzgado desestimó la demanda por dos grupos de razones:

Declaró en primer lugar que, para que proceda la acción de reembolso contemplada en el artículo 1158 CC , se requiere que existiera una obligación de pago de aquel frente a quien la acción se ejercita: la obligación que habría cumplido, por cuenta del deudor, quien ejercita la acción; que la jurisprudencia de esta sala (STS de 14 de junio de 2011 ha declarado que lo prescrito en la frase final del párrafo primero del artículo 148 CC («pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda») es también aplicable a la obligación de alimentar a los hijos no emancipados, que el artículo 154.1º CC impone a los titulares de la patria potestad; y que, por lo tanto, antes del 6 de mayo de 2012 el demandado, don Cosme , no tenía una obligación de prestar alimentos a su hijo, Hipolito , que la actora, doña Clara , pudiera haber pagado por cuenta de don Cosme .

A mayor abundamiento, declaró el Juzgado que la acción de reembolso ejercitada sólo procede cuando un tercero paga una obligación ajena, y que la demandante tenía, como progenitora de Hipolito , la obligación propia de prestar alimentos al menor.

En fin, no dejó el Juzgado de señalar que:

«Debe recordarse, además, que, si la parte actora lo hubiese tenido por oportuno, podría haber acumulado la acción de filiación que ejercitó [...] con la acción de reclamación de alimentos (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3, de 31 de marzo de 2010 (PROV 2010, 400098) ; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4, de 28 de septiembre de 2007 (AC 2008, 53) ; y del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9995))».

7. Contra la referida sentencia del Juzgado, la representación de doña Clara interpuso recurso de apelación, alegando en esencia que: la sentencia de esta sala de 14 de junio de 2011 declaró que el artículo 148 CC es aplicable a las acciones de reclamación de alimentos, también si a favor de los hijos menores de edad; pero no, a una acción de reembolso como la ejercitada a favor de la actora; que la viabilidad de tal acción ha sido reconocida por la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales; y que todos los requisitos exigibles para que una acción de reembolso pueda prosperar concurren en el presente caso, ya que, durante seis años y medio, doña Clara estuvo pagando una deuda ajena: la que don Cosme tenía, a tenor de los artículos 110 y 154.1º CC , de prestar alimentos a Hipolito ; aunque pagase a la vez una deuda también (en una proporción mucho menor) propia.

8. La Audiencia desestimó el recurso, acogiendo los dos razonamientos de la sentencia apelada:

«[E]n un supuesto cual de autos no cabe obviar que la Sr. Clara viene obligada legalmente (artículo 154 CC) a la prestación alimenticia a

su hijo menor en toda su extensión por lo que esta atención por ella dispensada lo ha sido por una obligación propia y no como pago de una deuda ajena; y como se razona en la sentencia de primera instancia con cita de la SAP de Girona de 22 de septiembre de 2010 (PROV 2010, 386460) ninguna norma reconoce al obligado que voluntariamente ha prestado alimentos el derecho de reintegro.

»Por otra parte, tampoco existía deuda alimenticia del Sr Cosme en el periodo de referencia, y en ese sentido sí hace al caso lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil puesto que la actio in rem verso o de provecho obtenido, se concede a quien ha hecho el pago, liberando al deudor de su obligación (por todas, STS de 12 de marzo de 2010).

»Según el citado precepto la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; y es criterio jurisprudencial el de su aplicación a los hijos menores de edad, criterio seguido por el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de octubre de 1993; 3 de octubre de 2008; y doctrina declarada en Sentencia de 14 de junio de 2011 en los siguientes términos: "Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 Cc , de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Todo lo cual se reitera en SSTs de 26 de octubre de 2011 y 30 de octubre de 2012.

»Por ello, en el periodo aquí objeto de reclamación no existía, tal y como se aprecia en la sentencia apelada, ninguna obligación del demandado cuyo pago fuese asumido por la actora; por lo que no procede sino su confirmación con íntegra desestimación del recurso contra la misma interpuesto».

SEGUNDO. Contra la sentencia de la Audiencia, la representación de doña Clara ha formulado recurso de casación por razón de interés casacional en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En su motivo único denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 148 CC en detrimento del artículo 1158 del mismo cuerpo legal . Y cita las sentencias firmes de 8 de enero de 2008 (AC 2008, 592) y 5 de julio de 2013 (PROV 2013, 267201) , ambas dictadas por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Baleares , aduciendo que, en casos idénticos al de autos, reconocieron la procedencia de la acción de reembolso a favor del progenitor que había asumido en exclusiva el coste del mantenimiento del hijo menor de edad.

La parte recurrida objeta en primer lugar la inadmisibilidad del recurso, alegando que es la Audiencia de Baleares la única se ha

pronunciado en tal sentido, contrariamente a como lo han hecho todas las demás Audiencias; y que, por tanto, no existe «jurisprudencia contradictoria de distintas Audiencias Provinciales».

Ese óbice debe ser desestimado: para que concurra el referido interés casacional, no es en modo alguno necesario que sean por lo menos dos las Audiencias o las secciones de la misma Audiencia que vengán decidiendo de modo reiterado el problema jurídico planteado en sentido contrario a como lo ha hecho la sentencia recurrida; la propia parte recurrida admite, y ya adujo a su favor en la instancia con abundantes citas, lo que esta sala bien conoce: que, además de la sección de la Audiencia Provincial de Bizkaia que dictó la sentencia recurrida, otras de diferentes Audiencias han dictado sentencias en igual sentido; y también consta así en la reciente sentencia del Pleno de esta sala 573/2016, de 29 de septiembre (PROV 2016, 209799) (Rec. 3326/2015), que decidió sobre el fondo de un recurso de casación de la misma modalidad que el presente.

TERCERO. Ese recurso, que contempló un caso sustancialmente idéntico al de autos, fue desestimado; y, por las mismas razones, ha de desestimarse el que ahora examinamos:

1.º) También este caso se refiere a la obligación de prestar alimentos que, como una de las concreciones del deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad» establecido en el artículo 39.3 CE, imponen al padre y a la madre los artículos 110 y 154.1º CC.

2.º) Aunque la naturaleza y el régimen jurídico de dicha obligación son sustancialmente diferentes a los de la obligación de alimentos entre parientes regulada en el título VI del libro I del Código Civil, es también de aplicación a aquella obligación lo que dispone la frase final del artículo 148.I CC : «pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda»; porque, a tenor del artículo 153 CC :

«Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código [...] se tenga derecho a alimentos, salvo [...] lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate».

Lo que acabamos de exponer sintetiza la doctrina jurisprudencial que esta sala ha sostenido desde hace años sin fisuras [SSTS 918/1993, de 5 de octubre (Rec. 536/1991), 328/1995, de 8 de abril (Rec. 3099/1991), 917/2008, de 3 de octubre (Rec. 2727/2004), 402/2011, de 14 de junio (Rec. 1027/2009), 653/2012, de 30 de octubre (Rec. 2352/2011), 742/2013, de 27 de noviembre (Rec. 1159/2012), 746/2013, de 4 de diciembre (Rec. 2750/2012), y 688/2014, de 19 de noviembre (Rec. 758/2012)]; que ha recibido el aval del Pleno del Tribunal Constitucional (ATC

301/2014, de 16 de diciembre (RTC 2014, 301) , compatible con la precedente STC 57/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 57)); y ha quedado confirmada, en fin, por ya mencionada sentencia 573/2016, de 29 de septiembre, del Pleno de esta sala .

Como dice la compendiosa sentencia 742/2013, de 27 de noviembre:

«La valoración del presente caso debe partir de la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 de Código Civil), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no estén en una situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad de menor (10 CE y 154.2 del Código Civil) y, en suma, la distinta determinación y extinción según sea la naturaleza de la obligación de alimentos.

»Conforme a lo anteriormente señalado se llega a la conclusión de que, dada la diversidad de su naturaleza jurídica, se trata de situaciones no homogéneas que en técnica constitucional impide alegar el elemento de comparación entre ambas obligaciones a los efectos de poder apreciar una posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 en relación con el 31.1 CE , tal como ilustra la STS 57/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 57)). Del mismo modo que, en parecidos términos, cabe afirmar que **la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco les son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes.**

»Sin embargo, desde la señalada naturaleza propia y diferenciada, tampoco se puede inferir un argumento totalmente excluyente que rechace una lógica razón de especialidad entre ambas figuras en la medida en que la obligación de alimentos a los hijos participa, conceptualmente, de la caracterización general de la acción implícita en el régimen general de la obligación de alimentos entre parientes. Máxime, teniendo en cuenta que **nuestro Código, a diferencia de otros de la época, regula la obligación de alimentos entre parientes en sede propia, fuera de las obligaciones nacidas del matrimonio, y con una proyección, pese a su dificultad de aplicación práctica, claramente generalizadora a tenor del artículo 153 del Código Civil** y en aplicaciones prácticas como la del párrafo último del artículo 145 de dicho Cuerpo legal , en caso de pluralidad de alimentistas que reclamen a la vez su derecho respecto de una misma persona obligada legalmente a prestarlo.

»Esta razón de especialidad, si se quiere de compatibilidad de las figuras, en el sentido de que no es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil, relativo a alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad, ya fue apreciada por esta Sala en la Sentencia de 5 de octubre de 1993, siguiéndose idéntico criterio en la Sentencia de 3 de octubre de 2008 (núm. 917/2008).

»Sobre la base de esta razón de compatibilidad cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, estos es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero, del Código Civil , como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos a los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario, participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos.

»La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que subyace en este tipo de obligaciones, a la exigencia de intimación al deudor, o a razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista, también ha sido resaltada por esta Sala en las sentencias de 8 de abril de 1995 (núm. 328/1995 (RJ 1995, 2991)), 3 de octubre de 2008 (núm. 917/2008), 14 de junio de 2011 (núm. 402/2011) y 26 de octubre de 2011 (núm. 721/2010), **destacándose que para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda.**

»En el marco de este desarrollo doctrinal esta Sala, sentencia de 14 de junio de 2011 (núm. 402/2011) dictada para la unificación de la doctrina, ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a **la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada.** Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada».

Y en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 diciembre, se lee en la misma línea:

«El órgano proponente [de la cuestión de inconstitucionalidad] plantea la potencial contradicción del artículo 148, párrafo primero, in fine,

del Código Civil que establece que los alimentos solo se deben a partir de la demanda, con la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del art. 39.3 CE , y se extiende a toda su minoría de edad. En este contexto, puede entenderse la invocación hecha en el Auto de planteamiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, sin más precisión. Sin embargo, el inciso último del art. 148 del Código Civil cuestionado no pone en duda la obligación constitucional de alimentos a los hijos menores, sino que regula el momento en que la obligación resulta exigible cuando hay un litigio entre los obligados a prestar alimentos y el alimentado.

»El juicio de constitucionalidad, por tanto, debe referirse a este último caso, es decir, a la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, prevista en el inciso cuestionado, y su aplicación a los supuestos de alimentos debidos a los hijos menores de edad, en la medida en que este supuesto no se exceptiona en la norma. El órgano proponente sostiene que este supuesto requiere una solución especial y no la general, prevista en el artículo 148 del Código Civil , en relación con el artículo 39.3 CE y habida cuenta de las diferencias entre el derecho de alimentos entre parientes y la obligación constitucional de alimentos a los hijos menores. En puridad, no puede considerarse que estemos ante dos posibles interpretaciones que cabría atribuir al precepto legal (inclusión o exclusión de los alimentos a hijos menores), pues el contenido del mismo y su vocación general son claros. Además, ha de recordarse que los preceptos relativos a los alimentos entre parientes, entre ellos, el art. 148 del Código Civil , se aplican en los supuestos de alimentos que dimanar de la patria potestad (art. 154.1 del Código civil) con carácter supletorio, de conformidad con el art. 153 del Código civil , también de significado unívoco».

El referido Auto inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

3.º) Claro está **que legislador ordinario bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 CC , que exceptuase la aplicación de lo que ese precepto siempre ha dispuesto a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad que los artículos 110 y 154.1º CC imponen al padre y a la madre. Pero no ha considerado oportuno hacerlo así. En consecuencia, esta sala debe mantener la doctrina jurisprudencial arriba expuesta; la que, por lo demás, nunca ha sido cuestionada a lo largo del proceso por la parte ahora recurrente.**

4.º) La norma del artículo 148.I in fine CC , arriba citada, no implica que la obligación de alimentos entre parientes no exista y sea exigible - como ese mismo artículo empieza diciendo- «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». Y la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.I CC).

No son, así, exactas las declaraciones contenidas en las sentencias de instancia en el sentido de que, en el periodo relevante, don Cosme no tenía la obligación de prestar alimentos a Hipolito: la tenía, lo supiese, o no -supiese, o no, que era el progenitor de Hipolito -, o albergase, o no, dudas razonables al respecto durante cierto tiempo. Lo exacto es decir que, conforme al artículo 148.I in fine CC , finalizado el período relevante Hipolito carecía de acción para exigir a su padre el abono de los alimentos correspondientes a dicho periodo: al periodo que medió entre el día su nacimiento y el 6 de mayo de 2012.

Inexacto nos parece también que la desestimación de la demanda se justifique con la afirmación de que doña Clara estaba legalmente obligada a la prestación alimenticia a su hijo en toda su extensión, y que, por lo tanto, no pagó una deuda ajena. La demanda tampoco podría haber prosperado, si la actora hubiera fundado jurídicamente su pretensión en el artículo 1145.II CC , sobre la base de considerar solidaria la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad. Ni, tampoco, si la hubiese fundado en una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 145 CC , sobre la base de considerar mancomunada aquella obligación.

5.º) La justificación exacta para la desestimación de la demanda es la que alegó la representación de don Cosme en su contestación y reiteró, con las mismas palabras, en su oposición al recurso de apelación: «ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible»; o, dicho con mayor precisión aún: cuyo pago ya no podría ser exigido.

Si el legislador, con la norma del artículo 148.I in fine CC , ha querido proteger al deudor de alimentos -don Cosme , en el presente caso- frente al acreedor de los mismos - Hipolito , en nuestro caso-, denegando a éste acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación -en este caso, el nacimiento de Hipolito -, y la fecha en que se interpuso la demanda -el día 6 de mayo de 2012, en el presente caso-, **comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos -en este caso, doña Clara - en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a éste que le reembolse su importe.**

6.º) Cabe ciertamente discutir si es, o no, excesiva la protección que la repetida norma del artículo 148.I in fine CC concede al deudor de alimentos.

Tradicionalmente, se ha justificado con la máxima « in praeteritum non vivitur ». Pero, si fuese esa la justificación, el alimentista nunca podría exigir al alimentante el pago de pensiones alimenticias atrasadas: vivió sin ellas; y lo contrario se desprende del artículo 1966.1ª CC . A lo que habría que añadir, contemplando la aplicación de aquella norma a la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a sus

hijos menores de edad, que esa obligación no requiere que el hijo necesite los alimentos para subsistir.

La ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.I CC , lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1ª CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos.

Así lo ha explicado la doctrina científica más autorizada en la materia; que, sin embargo, critica al legislador por no haber llevado la «retroactividad» de los alimentos a la fecha de una reclamación extrajudicial de los mismos, y por no haber tenido en cuenta si el retraso en la reclamación se debió, o no, a una causa imputable al deudor de los alimentos. El artículo 237-5 del Código Civil catalán dispone:

«1. Se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial.

»2. En el caso de los alimentos a los hijos menores, pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un periodo máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos».

Pero no corresponde a esta sala aconsejar al legislador civil estatal la adopción, o no, de normas semejantes.

7.º) Doña Clara ha insistido en que su pretensión merece prosperar por «razones de Justicia material». Nos cumple responder:

En un Estado de Derecho, los Jueces y Magistrados no pueden hacer descansar sus resoluciones en tales razones, decidiendo en contra de lo que dispone la ley aplicable al caso, interpretada por ellos conforme a los criterios que el artículo 3.1 CC establece (art. 117.1 CE ; art. 3.2 CC).

Y no sobraría, ante dicha invocación a la Justicia, recordar el reproche que el Juzgado dirigió a la ahora recurrente: que bien pudo haber reclamado judicialmente antes los alimentos, acumulando la acción correspondiente a la acción de reclamación de la paternidad (STS 1153/2001, de 11 de diciembre). Además, el artículo 768.2 LEC dispone que «reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado». En fin, no consta en autos la razón por la que doña Clara no ejercitó la acción de reclamación de paternidad hasta el año 2007, habiendo nacido Hipolito en NUM000: si ello fue, o no, imputable a don Cosme .

8.º) Parece oportuno concluir citando nuevamente al Pleno del Tribunal Constitucional. En concreto, el razonamiento final de su Auto 301/2014, de 16 de diciembre :

«A mayor abundamiento, la norma cuestionada [la contenida en la frase final del art. 148.I CC] parece superar el juicio de ponderación con otros intereses, en concreto, el de los progenitores, que aun siendo de menor rango con relación al menor, deben ser tomados en consideración (STC 185/2012, de 27 de octubre, entre otras). Respecto al progenitor custodio la norma no es excluyente, pues nada le impide formular la demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Respecto al progenitor no custodio, tampoco es excluyente pues puede cumplir voluntariamente la obligación desde que ésta nace y, en los supuestos de cumplimiento forzoso, una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)».

LECCIÓN 3. EL MATRIMONIO

1. El matrimonio: concepto, fundamento y evolución histórica:

- El matrimonio es un contrato “sui generis”, históricamente cargado de matices religiosos e ideológicos. Se detecta una evidente y progresiva secularización y aproximación a los contratos civiles, sobre todo de orden societario.
- Es un vínculo legal, constituido de por vida, entre dos personas, con específicos deberes y derechos recíprocos, celebrado mediante determinadas solemnidades legales.

- Aspectos críticos:

a) Es realmente un contrato? ¿Qué obligaciones nacen para las partes, que respondan a las características de las obligaciones (Libro IV del C.Civil)? Son obligaciones de contenido no patrimonial, *salvo la de sostenimiento o socorro mutuo, en su vertiente patrimonial*. (Sobre la posibilidad de responsabilidad civil por incumplimiento, remitimos a los deberes conyugales).

- Se diferencia de los contratos al uso en que no tiene contenido patrimonial (no es del todo cierto) y en que no hay intereses contrapuestos (pero se parece mucho a los contratos societarios, donde tampoco los hay).

- Se dice que no es contrato o negocio jurídico, porque no hay posibilidad de modificar su contenido (no es tampoco cierto del todo: es verdad lo dispuesto por el art. 58 CC, pero eso no impide modificaciones mediante pacto).

¿Qué hay de “jurídico” en el matrimonio?

- 1.- El deber de alimentos entre cónyuges, mientras no exista divorcio (o separación).
- 2.- La presunción de paternidad.
- 3.- El deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares (sea cual sea el REM elegido): contribuirán según lo pactado o, en su defecto, de forma proporcional a sus respectivos caudales e ingresos.

b) ¿Realmente, se constituye de por vida? Hay que recordar la imposibilidad legal de vinculación perpetua en los contratos de servicios y la libertad para dar por concluidos en cualquier momento los contratos de confianza (mandato, servicios, obra). Seguramente por eso, y por la aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, el legislador español desde 2005 establece que estamos ante un contrato que en realidad se renueva día a día, de modo que se puede romper en cualquier momento en cuanto uno solo de los cónyuges decida cambiar de opinión. Se han suprimido todas las trabas existentes a esa libre disolubilidad (salvo la exigencia de tres meses mínimos de matrimonio).

b) ¿Qué valor tienen los deberes recíprocos entre las partes, cuando uno de ellos manifiesta la voluntad de disolución? Ello nos remite a las consecuencias de la separación de hecho y a la eficacia de los pactos expresos o tácitos en la separación de hecho.

c) ¿Deben ser tan relevantes hoy las formalidades para constituirlo, cuando se es tan permisivo en cuanto a las exigencias legales para la disolución? Hay una cierta disfunción entre las exigencias para constituirlo y las facilidades para su ruptura.

- La solemnidad: En principio, responde a una idea de seguridad jurídica y de protección de terceros, por un lado (en su diferencia con las uniones de hecho), y a la tradición, por otro.

- Para determinar el valor de la solemnidad en el matrimonio hay que preguntarse qué aspecto de la forma del matrimonio es verdaderamente relevante y puede generar nulidad matrimonial. Respuesta: Muy poco (la intervención de la autoridad competente y la presencia de dos testigos); lo demás no es relevante y no conlleva la nulidad del matrimonio (ni la tramitación del expediente matrimonial, ni la competencia del autorizante, ni la lectura de los preceptos legales del Código, etc., conforman datos formales esenciales). Ver arts. 53 y 73 CC.

- Varias formas/solemnidades, al reconocerse la forma canónica, y las de otras confesiones (judaica, musulmana,

evangelista).

- No existe una idea inmutable e inamovible de lo que sea matrimonio: su contenido ha ido evolucionando con el tiempo (en España, por ej., han cambiado los deberes conyugales: arts. 66 ss. CC), y en función de cada sociedad.
- Su función es la de satisfacer necesidades de las personas en el aspecto afectivo, con el fin de desarrollo de la personalidad. Históricamente ha estado vinculado a las necesidades de procreación.
- El matrimonio puede ser concebido como negocio jurídico (contractual) y como relación jurídica entre dos personas.
- Matrimonio como negocio o como acto jurídico: ¿posibilidad de alteración por voluntad de los otorgantes?: sí es posible, al menos en los aspectos patrimoniales. En lo personal, sería posible, a nuestro juicio, en la medida en que las alteraciones no lo desfiguren y no permitan identificarlo como tal. De todos modos, *persistirá frente a terceros* en la medida en que no sea formalmente disuelto o alterado (en lo económico), a menos que los terceros no sean de buena fe y se les haya dado conocimiento de esas alteraciones.
- No obstante, el legislador concibe el matrimonio como único en cuanto modelo legal inalterable, al menos en el momento de su celebración. Así lo quiere nuestro legislador todavía: Normalmente, por razones de seguridad jurídica, quizás por facilidad, y por las dificultades de que los terceros puedan conocer las posibles alteraciones concretas en su régimen. (En relación a esto último, a día de hoy, a pesar de que la (inaplicada) Ley del Registro Civil de 2011 ha intentado solucionar el problema, sigue siendo muy difícil a los terceros conocer los específicos pactos entre cónyuges, ya que el Registro Civil aún no los publica, pero está prevista ya la publicación o transcripción de los acuerdos económicos concretos; antes sólo se practicaba una “mención” registral al REM).
- Matrimonio como creador de un estado civil: hoy ha perdido buena parte de su relevancia, al poderse disolver con

suma facilidad.

-Tradicionalmente el matrimonio ha sido entre personas de distinto sexo. La reforma legal de julio de 2005 ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que hasta la fecha sólo existe en contados países europeos. Hoy se admite en nuestra legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, con exactamente los mismos efectos jurídicos que cualquier matrimonio heterosexual (salvo los relacionados con la procreación y la filiación: por ej., imposibilidad de aplicar la presunción de paternidad a un matrimonio de dos mujeres). El matrimonio de transexuales se entiende hoy admitido, después de cierta jurisprudencia dubitativa.

- ¿Eficacia del acuerdo de extinción del matrimonio *inter partes*, antes incluso de la sentencia? No se ha planteado en la jurisprudencia como tal, pero sí respecto de los pactos de separación de hecho (Cuestión conexa: ¿la sentencia de divorcio es constitutiva o declarativa?).

- ¿Qué valor tiene la decisión unilateral de disolver el matrimonio? Hay que pensar que la misma no impide una reconsideración de la decisión (no es irrevocable, y puede dar lugar al desistimiento de demanda de divorcio unilateral aún no concluida con sentencia firme).

2. Sistemas matrimoniales:

- Dos tipos genéricos:

a) Sistemas dualistas: dos tipos de matrimonios, con su régimen propio, uno civil y otro religioso (de la confesión dominante); en principio, sin libre elección.

b) Sistemas monistas: un único tipo de matrimonio.

- Los sistemas dualistas se caracterizan por la admisión de al menos dos modalidades o formas de celebrar el matrimonio, con los mismos o con distintos efectos.

- Los sistemas monistas se caracterizan por un único matrimonio, con los mismos efectos, pero distintas formas de celebración,

- Dentro de estos últimos, se distingue tradicionalmente entre:

a) Los de corte latino: forma religiosa obligatoria para los bautizados o miembros; forma civil, para los que no profesan religión.

b) Los de corte anglosajón: dos (o más) formas, pero de libre elección.

- Nuestro sistema vigente es de matrimonio único, con diversidad de formas de celebración, y de libre elección (en la medida en que lo permita el responsable de la confesión correspondiente). No existe un matrimonio religioso (católico) con un contenido y un régimen diferenciado del regulado en el Código civil.

- En la actualidad se admiten, además de la forma civil general, hasta cuatro formas religiosas de celebración: las del rito católico, protestante (evangelista), judaico y musulmán.

3. La promesa de matrimonio:

- Se regula en los arts. 42 y 43 C. Civil.

- No tiene legalmente la consideración de contrato vinculante, aunque sí se le atribuyen algunos efectos jurídicos en caso de ruptura. Fundamento: asegurar la libertad plena de contraer el matrimonio, en el momento en que ha de expresarse la voluntad matrimonial y ante la autoridad competente.

- Puede ser vinculante en la medida en que no se haga depender lo acordado de la celebración del matrimonio.

- Hay que replantearse el valor actual de la promesa, a la vista de la nueva concepción del matrimonio (entendida como acuerdo de ambas partes firme y seguro de contraer futuro matrimonio; ¿y si hay convivencia ulterior?). Promesa de matrimonio y uniones de hecho: sí que puede tener relevancia.

- Presupuestos de la responsabilidad por ruptura:

1.- Incumplimiento sin causa.

2.- Promesa cierta de matrimonio.

3.- Efectuada por mayor de edad o menor emancipado (esta última referencia hoy no tiene mucho sentido).

- Gastos incluibles: gastos hechos y obligaciones contraídas (y aún no cumplidas) en atención al matrimonio.

a) Repercusión de gastos por pasar temporadas en casa de la novia/novio: no parece.

-Plazo de caducidad de un año para exigir estos gastos (art. 43 CC).

4. La capacidad matrimonial:

- Limites generales:

a) Impedimento de edad: Ha cambiado: ya no se puede a partir de los 14 años, sino a lo sumo a partir de los 16 años y previa emancipación formal.

Es aplicable a los españoles. ¿Es cuestión de orden público español la exigencia de edad? (Caso de menor de 15 años marroquí que se casa con consentimiento de su padre, y pretende su vigencia en España).

b) Impedimento de vínculo:

- Es cuestión de orden público la monogamia (delito de bigamia).

- Hay que pensar en el cambio producido en la concepción del matrimonio y su influencia en este impedimento (cuando por ej., ya se ha hecho una manifestación solemne e inequívoca de divorciarse, pero aún falta la resolución judicial).

- En casos de nulidad matrimonial, la sentencia que anula un matrimonio anterior, aunque sea posterior, entendemos que es declarativa, y no constitutiva, por lo que sería válido el segundo matrimonio, aun antes de dictarse la citada sentencia.

- Límites especiales: Art. 47 CC: Aplicable a personas concretas que, teniendo capacidad general, no pueden casarse entre sí.

a) Parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción.

Razones eugenésicas y de orden social. Respecto de la adopción, el adoptado no podrá contraer matrimonio ni con los adoptantes ni con sus consanguíneos. Si se extinguiera la adopción (art. 180 CC) se podría contraer matrimonio.

b) Parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado. Cabe dispensa por el Juez (art. 48CC) del tercer grado de colateralidad. No se incluye el parentesco adoptivo, aunque quizás habría que hacerlo, dado que normalmente se

adopta desde muy corta edad, y hay un vínculo afectivo creado entre los hermanos y parientes que podría justificar la extensión de la prohibición, por razones sociales.

c) Condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o conviviente de cualquiera de ellos. Ha cambiado en 2015: se incluye al conviviente de hecho, y cabe dispensa por el Juez (antes era el Ministro de Justicia).

5. El consentimiento matrimonial:

- Consentimiento singular, y no general: en relación a la persona con la que contrae. Es simultáneo al de la otra parte contrayente.

- No hay consentimiento:

a) En caso de simulación: Confabulación de ambas partes para ponerse de acuerdo y aparentar algo que no quieren. Matrimonio nulo.

- Ellos nos lleva a los matrimonios de complacencia o de conveniencia: se buscan otros fines (fraude de ley?). Presunción general de buena fe, y reconocimiento del “*ius connubii*”. Grandes dificultades de prueba. Grave riesgo de cierto “clasismo” o incluso racismo o xenofobia. Atender a datos objetivos. Se puede ejercer un control tanto *a priori*, en la tramitación del expediente matrimonial, como *a posteriori*, a través de acción de nulidad.

b) En caso de reserva mental: Se trata de una voluntad unilateral de uno de los contrayentes de no querer casarse, ocultada en el momento de prestar el consentimiento ante la autoridad competente (apariencia de consentimiento externo, sin que coincida con la voluntad interna). Gran dificultad de prueba.

c) Otros casos de falta de consentimiento:

- Matrimonios celebrados por poder, cuando este no existía por ser nulo, o fue revocado antes de la celebración; o cuando había fallecido antes el poderdante.
- No hubo consentimiento ante la autoridad competente.
- Anomalías o deficiencias psíquicas graves (suavizado mucho con las últimas reformas legales).

d) La condición, término y modo en el matrimonio: El efecto es que se tiene por no puestos.

Si ese condicionante no se pone de manifiesto ante el autorizante, podría implicar simulación. Pero para que ello suceda, y pueda dar lugar a nulidad matrimonial, lo será en la medida en que pueda probarse que el consentimiento no se hubiera prestado de otra forma.

- Referencia al término: Quizás habría que replantearse esta restricción, dada la actual concepción del matrimonio (que “se renueva día a día”).
- Referencia al “modo” (imposición de obligaciones a uno de los cónyuges, que no entren dentro de lo fijado en el estatuto matrimonial, o dentro de lo susceptible de pacto entre los cónyuges): la libertad de pacto no tiene por qué excluir la eficacia de pactos a este respecto.
- Posibilidad de fijar estos condicionantes *a posteriori*, después de celebrar el matrimonio. ¿Qué eficacia tendrían? ¿Serían vinculantes, en cuanto a los efectos jurídicos pactados (penalidades, por ej.; o atribuciones patrimoniales beneficiosas)? Remisión a las consideraciones generales sobre la libertad de pactos en el matrimonio.

6. El expediente matrimonial:

Se ha seguido tramitando hasta 30 de junio de 2017 por el Juez Encargado del Registro Civil. A partir de esta fecha, en teoría el art. 51 CC ya autoriza a Notarios y Secretarios judiciales para dirigir ellos mismos la tramitación del

expediente matrimonial, junto con los Encargados del Registro Civil. Sin embargo, por Ley 4/2017 de 28 de junio se ha prorrogado la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil hasta el 30 de junio de 2018, por lo que los expedientes matrimoniales siguen en manos de los actuales Encargados del Registro Civil al menos hasta esa fecha. Ese plazo se ha prorrogado hasta el 30 de junio de 2020.

7. La forma de celebración del matrimonio:

- Es elemento esencial, en cuanto el matrimonio es un negocio con forma “ad solemnitatem”. No obstante, no toda vulneración de la forma de celebrar el matrimonio conlleva la nulidad del mismo; sólo en supuestos muy puntuales (ver art. 73.3 CC). No es requisito de forma solemne la inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC).

- Posibilidad de optar entre matrimonio en forma civil o en formas religiosas: sea cual sea la confesión de los contrayentes.

- Forma civil: art. 49 CC: Es aplicable a los españoles que deseen contraer matrimonio.

- Ha cambiado en 2015 en cuanto a las autoridades y funcionarios que los pueden celebrar:

- a) Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código. Pueden delegar (art. 57.II CC).

- b) Secretario Judicial o Notario: Había quedado pendiente hasta el 30 de junio de 2017 que puedan tramitar el expediente matrimonial, según la D.T.Cuarta de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (ampliado hasta el 30 de junio de 2018 por Ley 4/2017 de 28 de junio; hoy hasta el 30 de junio de 2020), pero pueden desde 2015 intervenir en el acto mismo de la celebración del matrimonio.

- ¿Y si no son españoles? Se puede otorgar ante la autoridad prevista en su ley nacional. En España se reconocerá ese

matrimonio como regla, salvo que atente al orden público español (ej. matrimonio poligámico).

- Formas religiosas:

La Ley 25/1992 de 10 de Noviembre reconoció, además de la confesión católica, a las Entidades religiosas Evangélicas, a la federación de las Comunidades Israelitas de España y a la Comisión Islámica de España, como autorizadas para otorgar matrimonio en esa forma. Esta ley ha sido modificada en parte por la Ley de J.Voluntaria de 2015.

En todas ellas, el Expediente matrimonial se tramitará ante las autoridades civiles señaladas (hasta 2018, sólo el Encargado del R.Civil; prorrogado hasta 2020). La prestación del consentimiento se hará ante el representante o ministro del culto correspondiente, debiendo cumplirse las exigencias de la legalización civil precisas para su inscripción.

8. Contenido del Matrimonio: los deberes conyugales:

- Arts. 66 ss. CC.

- Matrimonio como contrato bilateral con deberes recíprocos para ambos cónyuges.

- Naturaleza de estos deberes: no son coercibles. Han desaparecido casi totalmente las posibles sanciones legales por su incumplimiento (básicamente, antes eran las de servir de base a la separación o el divorcio).

- Posibilidad de exigir responsabilidad civil por daños en caso de vulneración de deberes conyugales? Hasta ahora, el T.Supremo lo ha denegado en varias sentencias. Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales lo han admitido. Daños resarcibles hipotéticamente: daños morales, así como daños generados al padre legal por el mantenimiento de

un hijo que no era suyo.

9. Crisis matrimoniales:

- NULIDAD:

- Defecto de origen (en la capacidad, el consentimiento o la forma).
- Las causas de nulidad están en el art. 73 y ss. CC.: remisión a los vicios del consentimiento contractual, con matices (no aparece el dolo, pero eso no implica que esté excluido).
- Quizás existe una correlación entre nulidad y divorcio: cuanto más fácil sea divorciarse, menos relevancia deberían tener las causas de nulidad.
- La solicitud de nulidad suele conllevar crisis de la pareja: en caso contrario, se podría convalidar.
- Cuidado: esa convalidación afecta a sólo determinadas causas de nulidad (vicios del consentimiento) pero no a otras (falta de consentimiento, defecto de forma). Quizás debería reformarse el CC en este punto, para permitir la convalidación también en estos casos.
- Sus efectos varían algo respecto de la separación y el divorcio, a pesar de que los arts. 90 ss CC parezcan dar un tratamiento unitario a los tres tipos de situaciones. Especialmente las diferencias residen en la pensión compensatoria

(no la hay en la nulidad: sólo la indemnización prevista en el art. 98 CC), y en la liquidación del REM (se puede optar por liquidar con base en el régimen de participación, sin que el de mala fe pueda obtener beneficios del otro: art. 1395 CC).

- Hay diferencias en cuanto a la acción de nulidad:

a) Se puede ejercitar por los legitimados aun después de la muerte de uno de los cónyuges (no así en el divorcio).

b) No sólo están legitimados los cónyuges, sino otros sujetos, según la causa de nulidad: básicamente, cuando la causa no afecta a un vicio del consentimiento de uno de los cónyuges, la legitimación es amplia (art. 74 CC: cualquier persona con interés legítimo y M.Fiscal, en casos de defecto de forma o de inexistencia de consentimiento matrimonial). En caso de falta de capacidad, el art. 75 CC, adopta una legitimación intermedia, ni muy amplia ni muy estricta.

- Al ser defecto de origen, la nulidad tiene eficacia retroactiva al momento de celebración: es como si no hubiera habido matrimonio ni convivencia.

- Esto debe ser matizado por el art.79 CC (matrimonio putativo):

a) Se exige la buena fe de alguno de los cónyuges (puede ser de ambos).

Por buena fe se entiende la ignorancia de la causa de nulidad o la conducta del contrayente adecuada en relación a la celebración del matrimonio. En los hijos siempre hay buena fe.

b) Efectos respecto de los hijos: se consideran matrimoniales a todos los efectos (relevancia sólo a efectos de filiación)

y de acciones de filiación). Obviamente, no dejan de ser hijos de su padre y su madre, al margen del matrimonio de éstos, por lo que siguen bajo la patria potestad de ellos tras la nulidad, y conservan sus derechos de alimentos y hereditarios.

c) Efectos respecto del cónyuge de buena fe: conserva sólo los ya producidos antes de la firmeza de la sentencia de nulidad. Aquí se incluyen, entre otros, la nacionalidad, la residencia, e incluso la sucesión hereditaria, si su cónyuge de mala fe había fallecido antes de la firmeza de la sentencia. No sucede así cuando los efectos se pretenden después de decretarse la nulidad, al haberse extinguido el matrimonio con efectos retroactivos (es como si nunca hubiera existido, respecto de tales posibles efectos).

- SEPARACION:

- Ruptura de la convivencia pero no del vínculo.

- Hoy es mucho más claro: el que se separa, expresamente no desea la disolución del vínculo matrimonial.

- En cuanto a sus efectos: básicamente, cesa la convivencia, y como consecuencia, el deber de vivir juntos. Por derivación, el deber de fidelidad y el de socorro mutuo (salvo respecto de los alimentos).

1.- Separación de hecho:

- No interviene la autoridad pública decretándola. Es fruto del acuerdo o de la decisión unilateral.

- No es una situación de ilegalidad, aunque hace años se discutía, en la medida en que supone incumplir los deberes matrimoniales. No obstante, puede suponer excepcionalmente un delito de abandono de familia.

- En principio, no supone la disolución del REM (gananciales o similar), pero la jurisprudencia lo entiende implícito en el hecho mismo de separarse.

- Respecto de hijos, la situación sigue igual como regla (patria potestad compartida): pero el ejercicio de la p.potestad corresponde al progenitor con quien convivan los hijos menores (art. 156 CC). No es causa por sí sola de privación de la patria potestad: es lógico que la convivencia con los hijos cese.

- Hay que tener mucho cuidado en la práctica con las situaciones creadas por la separación de hecho, ya que si se extienden en el tiempo, pueden crear efectos que acaben consolidándose y ratificándose cuando haya separación legal o divorcio.

- Pactos en la separación de hecho:

- Aplicación de los criterios y límites generales.

- Validez de los relativos a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges en el período de separación. No necesidad de control judicial.

- Probable aplicación de los efectos del art. 102 CC, si hubo pacto de separación, salvo estipulación específica en contrario.

- Respecto de hijos menores, están sujetos en cuanto a su validez al control judicial (previo o sobre todo posterior), a través de su sometimiento por terceros o por los propios hijos (art. 158 CC).

2.- Separación legal:

- Supone el control judicial o público, previo o posterior.

- Puede ser de mutuo acuerdo, o a instancias de uno solo de los cónyuges. Este último sólo puede ser judicial.

- Esquemáticamente, tras la reforma de julio de 2015, las cosas son así:

a) Separación decretada por la autoridad judicial (siguiendo el procedimiento de la LEC): según el art.81 CC:

1.- Cuando se trate de separación consensual, pero existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente (antiguos incapacitados) que dependan de sus progenitores. Hay que presentar con la solicitud propuesta de convenio regulador del art. 90 CC. El juez puede revisar su contenido así como el Ministerio Fiscal, que debe intervenir en interés de estos hijos menores o incapaces.

2.- Cuando se trate de separación unilateral a petición de uno solo de los cónyuges. Aquí parece lógico que intervenga la autoridad judicial, ya que existe un conflicto de intereses que ha de resolverse. Procede haya o no hijos menores o incapaces.

Se exige en ambos casos el transcurso de 3 meses de matrimonio, salvo lo previsto en la norma (riesgo para vida e integridad,...del cónyuge demandante o de los hijos). La vía en tales casos es la de acudir al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

b) Separación de mutuo acuerdo, sin que haya hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente: en tales casos, no interviene el Juez, y se puede optar por someter el Convenio regulador al Secretario Judicial o bien al Notario (deben tener competencia en ese territorio).

- Esa solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco de separarse ante dichos funcionarios, así como la presentación de Convenio regulador.

- Se exige la presencia personal de cada cónyuge (eso parece implicar la imposibilidad de actuar a través de

apoderado: lo cual es ilógico dado que el art. 55 CC permite el matrimonio mediante apoderado; luego debería hacer lo propio en caso de separación o divorcio).

- También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes. Este consentimiento es voluntario, por lo que no es imprescindible: si no lo dan, deben acudir a un procedimiento judicial de reclamación de alimentos.

- Es obligatoria la presencia de abogado (lo era ya antes de la reforma para cualquier actuación ante los Tribunales, no ante el Notario).

- Llama la atención lo dicho en el art. 90.2.IV CC: incluso cuando intervienen los Notarios, parece que se dispone o no de un título ejecutivo calificable como “judicial”, puesto que dice que los acuerdos se podrán hacer efectivos por la vía de apremio.

- La acción de separación:

- Sólo corresponde a los cónyuges. Se deduce del art. 81 y 82 CC.

- Sin embargo, el TS primero y después el T.Constitucional (STC de 18 de diciembre de 2000) han admitido la posibilidad de que el representante legal del cónyuge (cuando haya sido incapacitado) pueda también instar la separación matrimonial, en defensa de los intereses del tutelado (razones de tutela judicial efectiva de los intereses de éste, dado que el cónyuge capaz podría tomar decisiones de administración perjudiciales para el otro).

- Efectos de la separación:

- Art. 83 CC: separación de la vida en común y cese de la posibilidad de vincular bienes del otro en la potestad

doméstica.

- Momento de estos efectos: Es discutible: desde la firmeza de la sentencia o del decreto del Secretario judicial; si fue ante Notario, desde el otorgamiento mismo (supone una cierta priorización del cauce notarial, que es más rápido en cuanto a sus efectos).

- Se introduce una referencia a la necesidad de que la separación produzca plenos efectos frente a terceros de buena fe a partir de la inscripción de la separación en el Registro Civil (esto no se decía en el antiguo art. 83 CC).

- Art. 84 CC: no se ha modificado lo referente a la reconciliación, que sigue igual, en cuanto a exigencia de comunicación al Juez que entienda o haya entendido del litigio (cuando hoy intervienen Secretario judicial o Notario, debe formalizarse la reconciliación en una nueva escritura pública o en un acta de manifestaciones ante el Secretario). En general, no estamos de acuerdo con la necesidad de que haya que notificar la reconciliación: creemos que sus efectos, al menos *inter partes*, se producen desde que así lo deciden ambos cónyuges, o aquel que se separó. Tan sólo puede ser relevante si el procedimiento aún no ha concluido.

- Efectos automáticos por la presentación de demanda o solicitud (art. 102 CC: no ha sido corregido y sigue hablando de demanda, cuando no tiene por qué ser ya así):

a) Viven separados (seguramente ya lo estaban desde antes) y cesa la presunción de convivencia (a efectos de presunción de paternidad, por ej.).

b) Revocación de consentimientos y poderes (efectos del cese de la relación de confianza).

- DIVORCIO

- Supone la ruptura sobrevenida y definitiva del vínculo, además del cese de la convivencia.
- Preponderancia del principio del consentimiento: lo decisivo para el legislador español es la voluntad inequívoca de divorciarse, y no los motivos para hacerlo, que son irrelevantes. Se funda en la idea del divorcio como manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad.
- Se aplican al divorcio los mismos parámetros y cauces que a la separación matrimonial. Por lo tanto:

a) Divorcio decretado por la autoridad judicial (siguiendo el procedimiento de la LEC):

1.- Cuando se trate de divorcio consensual, pero existan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente (antiguos incapacitados) que dependan de sus progenitores. Hay que presentar con la solicitud propuesta de convenio regulador del art. 90 CC. El juez puede revisar su contenido así como el Ministerio Fiscal, que debe intervenir en interés de estos hijos menores o incapaces.

2.- Cuando se trate de divorcio unilateral a petición de uno solo de los cónyuges. De nuevo decir que parece lógico que intervenga la autoridad judicial, ya que existe un conflicto de intereses que ha de resolverse. Procede haya o no hijos menores o incapaces.

Se exige en ambos casos el transcurso de 3 meses de matrimonio, salvo lo previsto en la norma (riesgo para vida e integridad,...del cónyuge demandante o de los hijos). La vía en tales casos es la de acudir al Juzgado de violencia doméstica.

b) Divorcio de mutuo acuerdo, sin que haya hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente: en tales casos, no interviene el Juez, y se puede optar por someter el Convenio regulador al Secretario Judicial (con competencia conforme al art. 769 LEC: lugar del domicilio conyugal o del domicilio del demandado, a elección) o bien al Notario (deben tener competencia en ese territorio).

- La norma del art. 87 CC dice que “*los cónyuges **también** podrán..*”, con lo que suscita cierta duda acerca de si, en tales casos, se podría recurrir a la vía judicial. Este adverbio (*también*) no aparece en la regulación de la separación.

- No se entiende muy bien que sólo el divorcio (o separación) consensuales y sin hijos menores o incapaces pueda ser decretado por Secretarios y Notarios, y no el divorcio unilateral. En este último, debería haberse autorizado la posibilidad de manifestar la voluntad de divorciarse (dado que no se exigen condiciones ni se fijan límites) del cónyuge concreto ante el Fedatario público (no son otra cosa Notario y Secretario Judicial), con efectos disolutorios inmediatos, y dejar para el Juez la resolución de los conflictos de intereses sobre vivienda familiar, pensión compensatoria, guarda de hijos, etc....

- Esa solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco de divorciarse ante dichos funcionarios, así como la presentación de Convenio regulador.

- Se exige la presencia personal de cada cónyuge (eso parece implicar la imposibilidad de actuar a través de apoderado: lo cual es ilógico dado que el art. 55 CC permite el matrimonio mediante apoderado; luego debería hacer lo propio en caso de separación o divorcio).

- También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes. Este consentimiento es voluntario, por lo que no es imprescindible: si no lo dan, deben acudir a un procedimiento judicial de reclamación de alimentos.

- Es obligatoria la presencia de abogado (lo era ya antes de la reforma para cualquier actuación ante los Tribunales, no ante el Notario).
- Se aplica también lo dispuesto en el art. 90.2.IV CC: incluso cuando intervienen los Notarios, parece que se dispone o no de un título ejecutivo calificable como “judicial”, puesto que dice que los acuerdos se podrán hacer efectivos por la vía de apremio.
- Acción de divorcio: Se regula en el art. 88 CC, que no ha sido modificado.
- Sólo están legitimados los cónyuges, como es obvio, al tratarse de una cuestión personalísima (reforzada por la exigencia de su presencia personal en los divorcios consensuales ante Notario o Secretario).
- No obstante, la Sentencia del T.Supremo de 21 de septiembre de 2011, ha resuelto legitimar también al representante legal del cónyuge incapacitado. El criterio utilizado es muy discutible, dado que entendemos existen mecanismos legales de tutela de aquél que no supongan necesariamente la disolución del vínculo (que podría no ser querido por el cónyuge incapaz, si tuviera discernimiento).
- La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Es efecto de su carácter personalísimo.
- Sin embargo, no debería ser así en sentido estricto, dado que no son los mismos efectos los de la disolución por muerte que por divorcio (por ej. no hay derecho a pensión compensatoria del cónyuge sobreviviente; sólo derecho a los gananciales y a la herencia, en su caso). Por eso, debería permitirse que, una vez iniciada la demanda de divorcio, se pudiera continuar la misma hasta su sentencia, incluso aunque falleciera el cónyuge demandado durante la tramitación del procedimiento. Ello porque así se podría conseguir una sentencia que fijase una pensión compensatoria al cónyuge sobreviviente, dado que el art. 101 CC permite la continuidad de la misma más allá de la

muerte del obligado a prestarla.

- Respecto de la reconciliación, debemos reiterar lo dicho respecto de la separación judicial.

- Efectos del divorcio:

- Se extingue el vínculo y como consecuencia de ello, todos los deberes conyugales. No hay ya deber de alimentos ni derechos sucesorios (intestados ni legitimarios).

- Seguramente todo esto (salvo los alimentos) ya se había producido antes, con la separación de hecho de los cónyuges, esto es, con la ruptura de la convivencia definitiva, y no meramente puntual.

- Tiene efectos “ex nunc”, esto es, sin retroacción al momento de la celebración del matrimonio.

- Es muy discutible, sobre todo tras las dos últimas reformas de 2005 y de 2015, que cuando el divorcio es judicial, haya que esperar a la firmeza de la sentencia para que produzca efectos (art. 89 CC). Deberían producirse sus efectos, al menos *inter partes*, a partir de las declaraciones de voluntad inequívocas de divorciarse (o si era unilateral, a partir de la demanda de divorcio). Ello permitiría declarar disuelto el vínculo a partir de ese momento, con posibilidad de considerar válido el matrimonio celebrado entre tanto. (Pensar que en determinados casos, podría tardarse tiempo en dictarse sentencia, por razones formales u organizativas del Juzgado). Estamos pensando en el divorcio judicial, y en el decretado por el Secretario judicial, pero no sucede lo mismo con el resuelto por el Notario.

JURISPRUDENCIA SOBRE DEBERES CONYUGALES:

Sentencia del TS de 30 de julio de 1999:

“...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 reconvenición, 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 demandante (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 ésta 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 incurso 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, 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 ritual 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.

Sentencia del TS de 14 de julio de 2010:

PRIMERO.- La cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación consiste en si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente, mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 2005 contra la que había sido su esposa, en reclamación de 514.638'13 euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados, en síntesis, de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción con base en el art. 1968-2º CC, al haber transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño por el demandante y la interposición de la demanda, entendiendo por tanto que la acción ejercitada se fundaba en el art. 1902 CC, y la sentencia de apelación, desestimando el recurso del actor, la confirmó rechazando que los daños alegados en la demanda continuaran produciéndose, o al menos que hubieran seguido produciéndose hasta el 6 de septiembre de 2005, y entendiendo, en cambio, que la última fecha posible a considerar como inicio del cómputo de dicho plazo era el 27 de marzo de 2003, día en que se había notificado al demandante la sentencia declarando que la referida joven no era hija biológica suya.

SEGUNDO.- En su escrito de oposición al recurso la demandada-recurrida ha alegado su inadmisibilidad, con carácter previo, porque las sentencias citadas como exponentes de la doctrina jurisprudencial presuntamente infringida se refieren a casos muy diferentes del aquí enjuiciado y porque el interés casacional no se daría respecto del plazo de prescripción sino respecto de si los hechos probados son o no constitutivos de lo que la jurisprudencia entiende por daños continuados.

Pues bien, el óbice de admisibilidad debe ser rechazado porque si bien es cierto que tanto en el escrito de preparación como en el de interposición del recurso se invoca el interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no lo es menos, de un lado, que dicha sentencia se ha dictado por una Audiencia Provincial en la segunda instancia de un juicio ordinario por

razón de la cuantía, siendo ésta muy superior a 150.000 euros, y, de otro, que el único motivo del recurso se funda en infracción del art. 1969 CC y de la jurisprudencia de esta Sala que, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, considera que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual no comienza a correr hasta la producción del definitivo resultado si no es posible distinguir etapas diferentes o hechos diferenciados.

La sentencia, por tanto, era recurrible en casación conforme al art. 477.2 2º LEC, en el escrito de preparación se indicó suficientemente la infracción que se consideraba cometida, como exige el art. 479.3 de la misma ley, mediante la cita del art. 1969 CC y la mención de "la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la cuestión de los daños continuados" y, en fin, el único motivo de casación contenido en el escrito de interposición permite entender sin dificultad la cuestión que plantea el recurrente, citando la norma que considera infringida y exponiendo el contenido de tres sentencias de esta Sala, que a su vez citan otras anteriores, sobre el cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, con lo que se cumple también el requisito que impone el art. 481.1 LEC, de suerte que el único defecto apreciable en el recurso sería una cierta falta de claridad en cuanto a la vía casacional escogida por el recurrente que, sin embargo, no puede determinar su inadmisibilidad por ser doctrina reiterada de esta Sala que no es causa de inadmisión el mero error en el ordinal del art. 477.2 LEC que ampare el recurso.

TERCERO.- Entrando a examinar por tanto el único motivo del recurso, fundado en infracción del art. 1969 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción en los casos de daños continuados, su alegato no discute que la acción ejercitada por el hoy recurrente fuera la de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el art. 1902 CC, ni que el plazo de prescripción aplicable sea el de un año, establecido en el art. 1968-2º del mismo Cuerpo legal.

Su disconformidad se centra, ante todo, en que el tribunal sentenciador no haya considerado que el daño continuaba produciéndose y agravándose dentro del año anterior a la interposición de la demanda. Así, **alega que los daños cuya reparación solicita comenzaron en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, ya que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; que continuaron en el año 2002, cuando al recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que hasta entonces había tenido por hija y, por tanto, la pérdida de una hija y el "sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro"**; que en el año 2003 interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas, solicitando la custodia de su hijo, aquejado éste de una discapacidad que del 34% había pasado al 52%, y la extinción de la pensión de alimentos a quien no era hija suya; que en opinión del recurrente el empeoramiento de su hijo se debió a la conducta de su madre; que mientras él había cumplido sus deberes de padre

*para quien en realidad no era hija suya, el verdadero padre, en cambio, "se había visto eximido del deber de alimentar a su hija" gracias a la conducta de la demandada; que los daños habían continuado cuando en septiembre de 2004 el hoy recurrente tuvo que solicitar la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a la demandada, ya que ésta comenzó a "tener convivencia marital con una persona desde el mismo día que el Sr. Hilario [el actor-recurrente] dejó la vivienda familiar" ; **que mientras tanto la salud del recurrente se iba deteriorando progresivamente, ya que mientras en el informe médico del año 2001 se indicaba que con una determinada medicación podría hacer vida normal con ejercicio moderado, en el de fecha 6 de septiembre de 2005, en cambio, se constataba un empeoramiento determinante de que en 16 de noviembre el Centro de atención a la discapacidad de Extremadura le reconociera un grado de discapacidad del 65%; que el 13 de enero de 2006 fue ingresado en un centro hospitalario y el siguiente día 19 se le dio de alta presentando un cuadro sugestivo de "amnesia global transitoria" ; que además de su padecimiento cardiaco el recurrente sufre una significativa afectación psíquica, "trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso-depresivo" , que ha precisado asistencia psiquiátrica ambulatoria desde septiembre de 2004 por las situaciones de estrés vividas desde el año 2001; que estas patologías determinaron que el 12 de mayo de 2006 se declarase su incapacidad total para la profesión habitual por el Equipo de Valoración de Incapacidades; que hasta 2001 su estado de salud era normal; que hubo dolo y mala fe en la conducta de la demandada y en sus obligaciones matrimoniales, con un ánimo de injuriar al recurrente que trascendió a la sociedad, con su consiguiente desprestigio; y en fin, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia citada, "hasta la producción del definitivo resultado, que en el caso que nos ocupa se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el que se constata el empeoramiento de mi representado" .***

CUARTO .- La respuesta casacional al motivo así formulado, que es impugnado por la demandada-recurrida con base, sustancialmente, en los propios fundamentos de la sentencia de apelación, pasa necesariamente por repasar los hechos que ésta declara probados y las razones por las que considera prescrita la acción.

Según la sentencia recurrida son hechos probados los siguientes:

1º.- El actor y la demandada contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1973.

2º.- El 27 de febrero de 1984 fue inscrita Aida en el Registro Civil como hija de dicho matrimonio, nacida el anterior día 22.

3º.- En 2001 se inició procedimiento de separación conyugal que terminó por sentencia de 12 de julio de 2001 , confirmada en apelación por sentencia de 26 de noviembre siguiente , declarando la separación de los cónyuges.

4º.- A instancia del hoy recurrente se siguió procedimiento de impugnación de la paternidad, terminado por sentencia de 27 de marzo de 2003 que declaró que Aida no era hija biológica suya.

5º.- En 23 de marzo de 2001 el hospital "Virgen del Puerto" emitió informe de que el hoy recurrente había sido operado de vasectomía el 29 de junio de 1989.

6º.- El 23 de agosto de 2005 el mismo hospital emitió otro informe, a petición del hoy recurrente, según el cual en las entrevistas de exploración de 2004 se habían objetivado "decaimiento, astenia, mayor nivel de angustia que el habitual, dificultad para dormir, etc., síntomas que han estado presentes en los últimos tres años" , atribuyendo el paciente su sintomatología y su malestar emocional "a la relación conflictiva que mantiene con su ex mujer y a su situación laboral" . Consta también que se había propuesto tratamiento psicofarmacológico y que los síntomas habían mejorado de forma parcial.

7º.- El 6 de septiembre del mismo año 2005 un médico de la Fundación Jiménez Díaz emitió informe referido a la consulta que en tal fecha hizo el hoy recurrente. En el informe se relatan todos los episodios de salud sufridos por el paciente desde el año 2001 y se le diagnostica una miocardiopatía dilatada, disfunción VI severa, episodios sincopales, taquicardia ventricular inducible sincopal e implante de un marcapasos, recomendándosele que continúe con el mismo tratamiento.

8º.- El demandante hizo transferencias periódicas mensuales de dinero a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

9º.- Según se afirma en la propia demanda, el demandante sufrió un síncope en marzo de 2001, mientras se celebraba la vista de las medidas previas a la separación, y tuvo que ser atendido en un hospital.

10º.- También se afirma en la demanda que el 3 de septiembre de 2001, tras mantener una tensa conversación con la demandada, sufrió un síncope cardiogénico por el que hubo de ser atendido en el mismo hospital, desde donde por la gravedad de la situación fue remitido a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde fue intervenido para implantarle un marcapasos en el propio año 2001.

11º.- Por tanto el demandante viene siendo tratado de su miocardiopatía dilatada desde el año 2001, con revisiones periódicas cada seis meses.

Y las razones por las que el tribunal sentenciador considera prescrita la acción son las siguientes:

1ª.- En la demanda se reclaman cantidades por diferentes conceptos cuyos hechos determinantes aparecen perfectamente delimitados en el tiempo: 300.000 euros en concepto de daño moral por la pérdida de una hija a consecuencia de la declaración judicial de no ser su padre biológico, hecho coincidente con la fecha de la sentencia de 2003 a partir de la cual pudo ejercitar la acción; 100.000 euros por daños morales derivados de los daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial, acordada en sentencia de 12 de junio de 2002 , reconociéndose en la demanda que el actor había sufrido un síncope en marzo y añadiéndose que el 3 de septiembre sufrió otro y se le implantó un marcapasos; 100.000 euros por daño moral derivado del deterioro de su fama y honor por el conocimiento de la infidelidad de su ex esposa y la pérdida del vínculo con su hija, declarado judicialmente el 27 de marzo de 2003; y en fin, 14.638'13 euros por daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivado de haber criado, educado y alimentado como hija suya a quien no lo era, incluyendo en tal reclamación las transferencias hechas a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

2ª.- Aunque la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida.

3ª.- En el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestos en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda, pues "no es de recibo que se aproveche un informe de la consulta realizada el día 6 de septiembre de 2005 para decir que esta es la fecha en la que [el demandante] tuvo conocimiento de las consecuencias de la miocardiopatía dilatada, pues, insistimos, dicha enfermedad se produjo en el año 2001, y desde entonces pudo solicitar los daños morales derivados de la misma, y, sin embargo, espera hasta el año 2005, cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción de un año, a contar desde que pudo ejercer la acción" .

QUINTO. .- A la vista de tales hechos probados y razonamientos jurídicos ha de ser desestimado el único motivo del recurso, porque la sentencia impugnada, lejos de infringir el art. 1969 CC y la jurisprudencia sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, se ajusta plenamente a la interpretación por esta Sala de dicha norma y del art. 1968-2º CC , que es el verdaderamente aplicado.

Ante todo debe señalarse que el tribunal sentenciador se pronuncia sobre la prescripción de la acción teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados, con cita expresa de varias sentencias como las de 12 de febrero de 1981, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1474) y 15 de marzo de 1993 , y ninguna de las dos partes discute el contenido de esta jurisprudencia, conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción

sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así "cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida" (SSTS 15-3-93, citada en la sentencia recurrida, y 5-6-03, 14-3-07 y 20-11-07, entre otras), como también se puntualiza que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas (SSTS 22-7-08 y 3-12-07 , con cita en ambas de otras muchas).

De otro lado debe subrayarse que, como se desprende del alegato del motivo reseñado en el fundamento jurídico tercero de este sentencia de casación, el recurrente prescinde prácticamente por completo de rebatir la distinción de etapas o fases que hace la sentencia recurrida en función de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda, para, en cambio, optar por una tesis que parece presentar la infidelidad conyugal de la demandada como origen único de una serie de daños en cadena, físicos, morales y patrimoniales, que habrían venido agravándose a lo largo del tiempo sin solución de continuidad, hasta el punto de que el daño habría seguido produciéndose incluso después de la interposición de la demanda, ya que ésta se presentó el 15 de noviembre de 2005 y sin embargo en el alegato del motivo se invocan la incapacidad del recurrente reconocida en un informe del siguiente día 16, su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño.

Ahora bien, del propio alegato del motivo resulta una contradicción insalvable entre la posible consideración por esta Sala de esos hechos posteriores a la interposición de la demanda y la concreción final por el recurrente del día en que, según él, habría comenzado a correr el plazo de prescripción, que hace coincidir precisamente con la fecha del informe médico de septiembre de 2005 en cuanto éste habría constatado "el empeoramiento de mi representado" y "la producción del definitivo resultado" .

Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala. Aunque la sentencia de 30 de junio de 2009 (rec. 532/05) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial, considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño sólo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera "pérdida de una hija" .

En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 (rec. 170/05) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción.

Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción.

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC , pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o

menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado.

Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011: Legitimación del tutor para ejercitar la acción de divorcio

QUINTO. Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz.

A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 diciembre, alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.

La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998 , dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias , que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que "[...]la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]" , interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación "patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes" . Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones[...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia[...]" . El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, "[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela" , por lo que "[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE (RCL 1978, 2836) en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio" .

El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación "no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC " .

Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien éste se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000 , especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la ley 13/2005. La STC 311/2000, de 18 diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado (FJ4), pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

SEXTO. El ejercicio de los derechos fundamentales cuyo el titular está incapacitado.

En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge petionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005 , al no exigir la alegación de causas.

2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC , que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

SÉPTIMO. Precedentes.

La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos.

1º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela.

2º En Alemania, el § 8,n 1 de la Familienverfahrgesetz (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte (§9 (2) FPA), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas (§125 (2) FPA).

3º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad.

4º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su art. 40 , que decía que "por los incapacitados, a tenor del Art. 213 CC , podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia". No se especificaba nada en relación al divorcio, pero el Art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran "menores, ausentes o incapaces".

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el art 12.3, que "3 . Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" y a continuación, en el art. Artículo 13, se dice que "1 . Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, [...]".

Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

OCTAVO. La legitimación de los tutores.

Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC).

La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.

1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC , que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000 .

3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor.

NOVENO. La concurrencia de interés de la incapacitada.

A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores.

1º La sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004, consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1º-4 de esta sentencia, de modo que la sentencia concluía que "[...]ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".

2º Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada. Esta petición fue denegada inicialmente, pero apelada, se dictó auto por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en 24 noviembre 2006, autorizándose a los tutores para ejercer dicha acción en la que se entendía que los tutores tenían legitimación de acuerdo con los arts. 267 y 271 CC, independientemente del tipo de acción que ejercitaran.

3º Autorizados los tutores para ejercitar la acción de divorcio, y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que se hizo en la sentencia que se recurre, que examinó si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio.

Sentencia del TS de 16 de abril de 2015: Efectos de la sentencia de divorcio

PRIMERO. Don Jose Ignacio formuló, en fecha 4 de mayo de 2010, demanda de divorcio frente a su esposa doña Petra, haciendo constar que habían contraído matrimonio el día 4 de octubre de 2006 y que concurrían los requisitos legales para poder decretar la disolución del matrimonio por divorcio, sin que procediera la adopción de medida alguna dada la inexistencia de hijos comunes y la escasa duración del matrimonio.

La demandada contestó a la demanda y formuló reconvencción por la que solicitó que se decretara el divorcio fijando una pensión compensatoria a su favor de 590 euros mensuales.

Seguido el proceso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Sevilla dictó sentencia de fecha 16 de febrero de 2011 por la que estimó la demanda y desestimó la reconvencción declarando no haber lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la esposa, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Consta que el demandante don Jose Ignacio falleció el día 21 de febrero de 2011 -cuatro días después de que se dictara sentencia- sin que la misma hubiera sido notificada.

Contra dicha sentencia recurrió en apelación la demandada doña Petra interesando declaración de nulidad de actuaciones y el archivo del procedimiento de divorcio -en el trámite de notificación de sentencia- por fallecimiento de una de las partes, sin que quepa la sucesión procesal, por tratarse de un derecho personalísimo; y, subsidiariamente, que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto al pronunciamiento recurrido y acuerde una pensión compensatoria por importe de 590 euros mensuales con efectos desde la fecha en que se dictó.

La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso por sentencia de 18 de julio de 2013 y confirmó la sentencia de primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. El recurso por infracción procesal se formula por vulneración de normas del Código Civil , y en concreto de los artículos 85 , 88 y 89 , con pretensión por parte de la recurrente de que se declare que la extinción del vínculo matrimonial se ha producido en este caso por fallecimiento de uno de los cónyuges y no por divorcio.

El motivo se desestima puesto que las normas que se citan como infringidas no lo han sido por la sentencia impugnada que, con apoyo en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene la producción de plenos efectos por la sentencia de primera instancia una vez extendida, firmada y depositada en la Secretaría para su notificación, lo que no queda afectado por lo dispuesto en este caso por el Código Civil.

El texto de los artículos que se citan como infringidos es el siguiente:

Artículo 85.- El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artículo 88.- La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Artículo 89.- La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

De tales normas se desprende que cualquiera de dichas causas extingue el vínculo matrimonial, por lo que habrá de atenderse a cuál de ellas ha sido la que en el caso ha producido tal extinción, de modo que si el matrimonio se ha extinguido ya por divorcio en el momento en que se produce la muerte de uno de los cónyuges, dicha circunstancia ya no afecta a la ruptura del vínculo aunque sí lógicamente a las consecuencias del mismo.

En consecuencia no se ha extinguido en este caso la acción de divorcio por la muerte del esposo, porque dicha acción ya había producido sus efectos propios al haber recaído sentencia que así lo declaró a petición de ambos cónyuges. En cuanto a que la producción de los efectos propios del divorcio tiene lugar a partir de la firmeza de la sentencia (artículo 89 Código Civil) es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que se desprende que la firmeza sobre el pronunciamiento de divorcio se produce con la sentencia de primera instancia cuando ha sido solicitado por ambos cónyuges y, en consecuencia, no resulta recurrible al responder tal pronunciamiento a lo pedido por ambos litigantes. La sentencia de esta Sala núm. 15/2004, de 30 enero, precisa que «el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales, de la impugnación de las medias acordadas, ha establecido unprecepto claro y preciso en el art. 774.5 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero , diciendo que "si la impugnación afectara únicamente a los

pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio", prueba de que en el régimen legal precedente la sentencia no adquiría firmeza hasta que no se resolvían los recursos interpuestos o era consentida por las partes, cualquiera que fuera el contenido del recurso interpuesto, es decir que fuesen impugnados todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hubiesen quedado firmes los consentidos y no impugnados». El legislador ha pretendido con ello dar seguridad a la situación de ruptura del vínculo matrimonial ya declarada -y necesariamente consentida por ambos cónyuges, que la solicitaron- para que desde la sentencia inicial produzca sus efectos propios, lo que -aplicado al presente caso- supone que la disolución matrimonial tuvo lugar por el divorcio y que tal disolución era efectiva antes del fallecimiento del esposo.

Recurso de casación

TERCERO. El recurso de casación aparece formulado por la vía del interés casacional a que se refiere el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, sin dar cumplimiento la parte recurrente a la exigencia de precisión de la norma sustantiva que se considera infringida, cita un considerable número de autos y sentencias que de una u otra forma se refieren al momento de eficacia de las resoluciones judiciales.

No se trata por tanto de una cuestión propia del recurso de casación sino que se plantea un tema claramente procesal, pero en todo caso hay que precisar que el efecto jurídico de la sentencia se produce desde que se dicta, ya que desde ese momento resulta invariable (artículo 214 de la ley de Enjuiciamiento Civil) y, una vez extendida y firmada, será publicada y depositada en la Oficina Judicial, incluyéndose en el libro de sentencias (artículo 213), ordenándose por el Secretario Judicial su notificación y archivo, poniéndose en los autos certificación literal de las resoluciones de carácter definitivo (artículo 212); todo lo cual se produce con independencia del trámite de notificación y del momento en que la misma se lleve a cabo.

De ahí que el motivo ha de ser desestimado.