

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

**BLOQUE I: EL DERECHO DE FAMILIA. FAMILIA Y CONSTITUCIÓN. EL DERECHO DE ALIMENTOS. EL
MATRIMONIO Y LAS CRISIS MATRIMONIALES**
(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
Doctor en Derecho. Profesor Derecho Civil

ACTUALIZADO A SEPTIEMBRE DE 2020

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 dignidad de la persona y 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 está diluida, 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.

Hoy día, en nuestros países mediterráneos, la familia presta una función asistencial de primer orden a sus miembros, en

especial en situaciones de crisis económicas y sociales. Debemos tener en cuenta sin embargo la aprobación reciente, en España, del llamado Ingreso Mínimo Vital (IMV), que puede haber modificado esta situación, al asumir en buena parte el Estado la función de asistencia económica mínima a las familias más desfavorecidas, o a los miembros de las mismas necesitados.

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.
- La garantía institucional del matrimonio: el matrimonio como institución básica de nuestro sistema jurídico, inderogable por el legislador.
- ¿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). Referencia al “derecho a divorciarse” (a decidir dejar de estar casado).
- 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? Son difícilmente admisibles.

- 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). Creemos 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.). También el matrimonio notarial ha desmitificado la idea del matrimonio como algo cercano a lo sagrado, para identificarlo con un negocio contractual.

-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.
 - Este principio implica la prioridad del interés del hijo, sobre todo menor de edad, por encima de los intereses de los otros miembros de la familia. Tiene multitud de implicaciones y consecuencias.
- 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. Aunque se tiende doctrinal y legalmente a la equiparación (por ej. posible presunción de paternidad futura del varón de la pareja no casada pero sí registrada).
- Se establece como principio el de la investigación de la paternidad, como cauce concreto para lograr la protección de

los hijos, sobre todos los no matrimoniales.

- 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 padres e hijos, y sus condiciones de eficacia (por ej., la del momento de su devengo, que es una cuestión polémica en la actualidad).

- 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 contraerlo, 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. No obstante, conviene recordar que, incluso en un régimen de separación de bienes, existe el deber de asistencia entre cónyuges, si uno de ellos no tiene capacidad económica de forma puntual, en cuanto el otro debería contribuir por la totalidad.
¿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? Probablemente, 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 interés 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.
- d) La tutela de los derechos fundamentales de cada uno de sus miembros, en cualquiera de los ámbitos regulados por el Derecho de familia.

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.
- En esta dirección, la entrada en vigor del Ingreso Mínimo Vital (IMV) ha supuesto un cambio sustancial en materia de

alimentos, al establecerse de hecho una prioridad de la asistencia estatal sobre la familiar, de modo que, no habiendo una pensión de alimentos preestablecida entre dos parientes, las necesidades concretas del alimentista podrían ser cubiertas, total o parcialmente, por este IMV, sin que sea viable recurrir a los alimentos entre parientes, al decaer hipotéticamente la situación de necesidad.

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).

- Los alimentos a los 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 en STS de 30 de septiembre del año 2016. Debemos pensar en el supuesto en que la filiación (paterna sobre todo) haya sido ya establecida, a través del reconocimiento del hijo o de una sentencia judicial, en cuyo caso no es muy lógico exigir una ulterior reclamación judicial, al saber de antemano el progenitor de su deber de alimentar a su hijo.
 - 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. Por tanto, probablemente, los arts. 142 ss. no se aplican en ningún caso a los hijos menores, tengan o no los padres la patria potestad. En cambio, sí se aplican 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 *mortis causa* (ni de la obligación, ni de derecho a los alimentos).
- 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 seguramente en perjuicio de tercero (si no hubiera tercero perjudicado -el Estado u otros parientes más lejanos-, acaso podría valer, en cuanto ejercicio de una facultad personal de organizarse vitalmente, que nadie puede impedir).

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. 152.5° 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. 1966.1° CC: cinco años).
- Proporcionalidad: Art. 146 CC.
- Irretroactividad: art. 148.1 CC.
- Fundamento de la irretroactividad: La protección del deudor de alimentos, según reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (finalidad de evitar sorpresas).
- 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, aunque es bastante dudoso jurídicamente).
- 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. 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 concorra 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 darlos 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, primero 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. Existe ya una reciente STS de fecha 19 de febrero de 2019, que se refiere a la desheredación como causa de extinción de los alimentos.

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 19 de febrero de 2019:

PRIMERO. Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

I.- Se ha seguido procedimiento de modificación de medidas a instancia de don Demetrio contra doña Esmeralda , en el que se solicitaba en la demanda la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de edad por tres razones:

- (i) por disminución de la capacidad económica;*
- (ii) por falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos;*
- (iii) y por nula relación personal de los alimentistas con el alimentante.*

2.- La parte demandada, al contestar a la demanda, se opuso a la pretensión del actor.

3.- La sentencia dictada en primera instancia descarta variación en la solvencia del obligado al pago y descarta falta de aprovechamiento en lo estudios por no haber existido por parte de los hijos, Hilario de 25 años de edad (nacido el NUM000 de 1991), ni de Miriam de 20 años de edad (nacida el NUM001 de 1996), desidia en la dedicación a sus respectivas formaciones, y **considera que procede la extinción de la pensión alimenticia, declarando hecho probado el total desapego de los hijos con el padre con el que no hablan y al que no ven, desde hace años (10 y 8 años) sin interés alguno en hacerlo.**

Literalmente razona lo siguiente:

"La nula relación personal de los alimentos con el alimentante y la absoluta desafección entre los hijos y el padre que .se expone como tercera causa para el cese del deber de prestar alimentos ha de recibir un tratamiento distinto al de los dos motivos anteriores ya que si bien es cierto que la ausencia de relaciones paternofiliales no se contempla expresamente como motivo tasado en el art. 152 del Código Civil (LEG 1889, 27) ni en otro precepto para dar por extinguida la obligación alimenticia, no lo es menos que las "circunstancias" a las que se refieren los arts. 90 y 91 del Código Civil y el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) pueden ser diversas y de distinta naturaleza, sin que de ningún modo constituyan "númerus clausus".

"Establecido lo anterior, ha de tenerse por acreditado el total desapego hacia el padre que exteriorizan los hijos y que han manifestado sin ambages al ser interrogados en calidad de testigos. Por un lado, el hijo Hilario asegura que no habla con su padre desde hace 10 años y que no ha intentado ponerse en contacto con él. Refiere que en la jefatura de estudios de la Universidad en la que cursa su carrera le dijeron que su padre había solicitado datos sobre su evolución académica pero que él, como mayor de edad, no permitió que facilitasen ninguna información. Por otro lado, la hija Miriam afirma que no ve a su padre desde hace 8 años y proclama que no tiene interés en volver a verle.

"Abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de éstos, ha de tenerse presente que aunque los padres tienen una obligación moral con sus hijos para ayudarles a lo largo de su vida como estimen conveniente, dicho deber queda constreñido al ámbito de la conciencia y la ética de cada persona, siendo, en todo caso, recíproca para los ascendientes y descendientes la obligación de darse alimentos en toda la extensión si se impusiera judicialmente al amparo de lo previsto en el art, 143 del Código Civil . Por ello, siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud

de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar el trato con los beneficiarios ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto que se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas.

"En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural) o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades, y que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende."

4.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia.

Correspondió conocer de él a la sección vigésimocuarta de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, que dictó sentencia el 23 de enero de 2018 por la que desestimó el recurso.

5.- Literalmente motivó su decisión en los siguientes términos:

"En el presente caso de autos dada la mayoría de edad de los hijos, dada la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos; la negativa de éstos de relacionarse con su padre como así pusieron de manifiesto, decisión libre, querida y voluntaria; todo ello debe considerarse como una alteración y modificación sustancial de las circunstancias y de verdadera repercusión al ámbito personal de los implicados y de carácter permanente, que justifica que dentro del procedimiento matrimonial se deje sin efecto el deber de contribución del progenitor no custodio, al amparo del artículo 91 in fine en relación con los artículos 93 , 152 del C.Civil (LEG 1889, 27) y extensible al apartado 4 de dicho artículo.

"Por lo que la resolución dictada por el Juez de Instancia es ajustada a Derecho y conforme a los hechos probados a tenor del resultado probatorio sin que se dependa error en la valoración de los mismos por el juez de instancia."

6.- El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC y se estructura, en cuatro apartados: el primero para identificar el pronunciamiento que se impugna, que es la extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad; en el segundo se alega infracción de los artículos 142 y 152 LEC (ha de entenderse CC), éste último en relación a los artículos 90 y 91 CC ; el tercero por interés casacional por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la cesación de la obligación de prestación de alimentos a hijos mayores de edad, con cita y extracto de sentencias del Tribunal Supremo (558/2016, de 21 de septiembre (RJ 2016, 4443) ;

700/2014, de 21 de noviembre (RJ 2015, 6567) y 184/2001, de 1 de marzo (RJ 2001, 2562)); el cuarto apartado por interés casacional por existir sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión de fondo que resuelve la sentencia recurrida, a saber, la extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad por falta de relación con el alimentante. Cita las que aplican el Código Civil de Cataluña (LCAT 2010, 534), con mención de dos sentencias de la sección 1.º de las Audiencias Provinciales de Barcelona y otra de la sección 18.ª de Tarragona. También cita una sentencia de la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Málaga y otra de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, tribunales sometidos al derecho común.

7.- La sala dictó auto el 19 de septiembre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida, tras el oportuno traslado, formuló escrito de oposición al recurso, si bien previamente hizo alegaciones sobre su inadmisibilidad.

SEGUNDO. Admisibilidad del recurso.

1.- El requisito sobre la cita de sentencias de Audiencias Provinciales se flexibiliza por el Acuerdo sobre criterios de admisión del Pleno de la sala no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 (RJ 2017, 367).

No será imprescindible cuando, a criterio de la sala, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado, aunque, en este caso, por la singularidad del supuesto no puedan ser muchas.

Para ello será necesario, y es el caso, que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se hayan citado sentencias contrapuestas.

2.- Como argumento de refuerzo cabe citar que, a criterio de la sala, se encuentra justificada la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado por mor de la evolución de la realidad social.

Según criterio del auto del pleno de esta sala de 6 de noviembre de 2013 , reiterado en sentencias posteriores (entre ellas, las sentencias 222/2017, de 5 de abril (RJ 2017, 2664), y 37/2019, de 21 de enero (RJ 2019, 154)), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso.

3.- En el caso planteado así es. Se identifica el problema, a saber si la negativa de hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia.

TERCERO. Decisión de la sala.

1.- La sentencia de la primera instancia, aunque más extensa en su motivación, no alcanza a encontrar un encaje normativo a la extinción que acuerda de la pensión alimenticia del padre a favor de los dos hijos mayores de edad.

Se limita, y de ahí el interés de la sala en que literalmente se recoja en el resumen de antecedentes, a constatar la negativa de los hijos a relacionarse con el padre, situación de hecho que aparece consolidada, y por la que éste carece de trato con ellos y conocimiento de la evolución de sus estudios.

De ello colige que, en tales circunstancias, es impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas, por cuanto se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas.

2.- La sentencia de apelación, que es la que aquí se recurre, aunque con motivación más breve, si es la que se acerca normativamente a la cuestión.

Cita el art. 152 CC (LEG 1889, 27), y en concreto el apartado 4 de dicho artículo.

3.- El arts. 152. 4.º dispone que cesará la obligación de dar alimentos "cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación".

Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 853 CC , que prevé que serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º, y 6.º, los siguientes: "2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".

4.- Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos.

Otras veces ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas.

Estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conlleva sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes.

5.- En esta línea de pensamiento el C.C. Cat. ha introducido en el art. 451-17 e) una nueva causa de desheredación consistente en la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y el legitimario, si es por causa exclusivamente imputable al legitimario.

En nuestro Código Civil no ha existido modificación, y ha sido tradicional que la sala, al ser las causas de desheredación de naturaleza sancionatoria, las haya interpretado y aplicado de forma restrictiva.

Sin embargo, ha hecho un esfuerzo para adaptar dichas causas a la actual realidad social.

El punto de inflexión se sitúa en la sentencia 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014, 3900), que califica el maltrato psicológico como justa causa de desheredación.

Desestimó el motivo del recurso razonando que "aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993 , esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante,

así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004"

La citada doctrina ha sido confirmada por la sentencia 59/2015, de 30 de enero, en la que el maltrato psicológico que provocó el hijo en la madre al forzarla a donarle la mayoría de su patrimonio se considera como causa de desheredación.

Hay quienes han resaltado que parece una contradicción que de un lado se afirme que las causas de desheredación se han de interpretar de forma restrictiva y, de otro, se haga extensión de las previstas, a que se ha hecho mención.

Creemos que se han de diferenciar dos planos.

De un lado admitir esa extensión de las concretas causas previstas haciendo una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, a la espera de que el legislador aborde la reforma legislativa para su positivación

De otro, hacer una interpretación rígida y restrictiva a la hora de valorar la existencia de tales causas, en atención al espíritu sancionador que las informa. A saber, si tomásemos como referencia el precepto citado del CC Cat., a la hora de valorar "si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". Esta valoración si ha de hacerse de forma restrictiva.

Estos dos planos se reflejan también en la sentencia 231/2016, de 8 de abril (RJ 2016, 3659), que se ocupa de las incapacidades relativas para suceder, aunque para algún sector sea más exacto hablar de prohibiciones, al aplicar el art. 412-5 CC Cat (LCAT 2008, 607). y ponerlo en relación con el art. 752 CC .

El artículo 752 CC es una manifestación de la protección que el ordenamiento jurídico proporciona al testador vulnerable en defensa de su libertad de testar.

Dispone que "no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su Iglesia, cabildo, comunidad o instituto "

Se trata de una norma preventiva que tiene su fundamento en garantizar la total libertad dispositiva del testador, evitándole sugerencias o captaciones en un trance que le hace vulnerable a las presiones de quien, por razón de su ministerio, puede ejercer una gran influencia en el ánimo del enfermo.

La jurisprudencia (SSTS de 25 de octubre de 1928 ; 6 de abril de 1954), por tratarse de una disposición que disminuye la libertad del testador, ha mantenido una interpretación restrictiva, y, por ende, es preciso que la disposición testamentaria se haya hecho u otorgado por el testador durante su enfermedad postrera y que el sacerdote favorecido con la disposición del testador le hubiese confesado en ella.

De la sentencia de 6 de abril de 1954 se infería que no sólo la confesión sino también la asistencia espiritual podía ser fuente de influencia en la disposición testamentaria del causante.

A ello se añade por la sentencia de 19 de mayo de 2015 , por mor del derecho fundamental de libertad religiosa y por la aconfesionalidad del Estado, que, por analogía, sea aplicable este precepto a la asistencia espiritual postrera que se preste al testador por ministros o pastores de cualquier Iglesia, confesión o comunidad no católica.

De tales criterios, producto de la cambiante realidad social, se hace eco la letra c) del apartado primero del artículo 412-5 CC Catalán que incluye dentro de la rúbrica "inhabilidad sucesoria" como inhábil "el religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a que aquel pertenece".

Emplea el término "religioso", sin adjetivarlo, y el de "... asistido al testador. . . ", sin mención a la confesión.

Así mismo afloran estos dos planos en la sentencia 422/2015, de 20 de julio de 2017 , que conoció de un supuesto de revocación de donación por ingratitud.

Fija como doctrina jurisprudencial de la sala que "el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil "

Para llegar a dicha interpretación y formación de doctrina jurisprudencial sienta su fundamentación en los siguientes pilares:

*(i) En que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014 (RJ 2014, 3900)) y de 30 de enero de 2015 (núm. 59/2015 (RJ 2015, 639)) la interpretación del sistemática del artículo 648.1 del Código Civil , en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a las siguientes directrices o criterios de interpretación. En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura, **debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (artículo 648 del Código Civil), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo,***

objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

En segundo lugar, y en la línea de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial de esta Sala a propósito del contenido y alcance del artículo 648.1 del Código Civil, entre otras, STS de 18 de diciembre de 2012 (núm. 747/2012 (RJ 2012, 11277)), ya ha destacado la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos ("persona, honra y otros bienes"), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

Por último, y en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil.

(ii) En el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante.

6.- Con tal exordio alcanzamos el núcleo del debate, a saber, si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose ésta.

Si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda de que así sea, por aplicación del art. 152.4.º CC, en relación con el art. 853...2.º CC.

Pero la interrogante, a efectos de cese de la obligación alimenticia, es si también aquí se podría acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social.

7.- El CCCat (LCAT 2010, 534). (arts. 237-13) prevé como el Código Civil que la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación.

Lo que sucede es que, como hemos expuesto anteriormente, entre las causas de desheredación contempla (arts. 451-17 e) "La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario".

Causa ésta que el Código Civil no recoge.

8.- Para decidir si tal circunstancia, en su esencia se podría integrar en el art. 853 del Código Civil , por vía de interpretación flexible de la causa 2.ª, es de interés lo sostenido por la sala sobre la fundamentación del derecho de alimentos.

La sentencia 558/2016, de 21 de septiembre (RJ 2016, 4443), citada por la recurrente, afirma que "el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la 'extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado "principio de solidaridad familiar" que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 C.C); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores.

"Por ello en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil (STS de 19 enero 2015, Re. 1972/2013), pues como recoge la STS de 12 febrero 2015 , se ha de predicar un tratamiento 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.

"Tal distinción es tenida en cuenta en la sentencia 603/2015, de 28 octubre ."

La sentencia 184/2001, de 1 de marzo (RJ 2001, 2562), que también cita la recurrente, ya había dicho que "la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española ", así como que, a tenor de lo dispuesto en el art. 3-1 CC , las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Por ello sería razonable acudir a ese primer plano a que hacíamos referencia, sobre interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, en tanto en cuanto el legislador nacional no la prevea expresamente, como así ha sido prevista en el C.C. Cat.

Como algún tribunal provincial ha afirmado "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales".

Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del CC Cat., es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad, según la doctrina de la sala ya mencionada.

9.- Ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en consideración el segundo plano a que hacíamos mención.

Sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo.

Precisamente por esta interpretación restrictiva, las Audiencias Provinciales de Cataluña, que sí tienen un precepto expreso que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos, han desestimado la extinción cuando, constatada la falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista (sin ánimo de una cita prolija, SAP Lleida, sec. 2.ª, 385/2014, de 24 de septiembre (PROV 2014, 299298) ; SAP Tarragona, sec. 1.ª, 147/2017, de 23 de marzo (PROV 2017, 162838) ; SAP Barcelona, sec. 12.ª, de 2 de enero de 2018 , y SAP Barcelona, sec. 18.ª de 29 de junio de 2017 , entre otras.).

CUARTO. Si se aplica la doctrina expuesta a las sentencias de las instancias, pues, aunque la recurrida es la de la audiencia, lo cierto es que ésta remite a la de primera instancia en lo fáctico y en lo jurídico, hemos de hacer dos consideraciones:

(i) No se comparte, por lo ya expuesto, que se afirme "abstracción hecha de si la reiterada e ininterrumpida carencia de relaciones afectivas y de comunicación es achacable al padre o a los hijos, aspecto éste que es irrelevante en este momento dada la mayoría de edad de ésta".

Por el contrario, mantenemos que sí es relevante, pues para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos.

(ii) Este carácter principal y relevante, de intensidad, no lo da por probado la propia sentencia, pues recoge que "puede" ser imputable a los alimentistas, esto es, categóricamente no lo tiene claro, y añade "sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades".

Se colige de esto último que esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa, a que hemos hecho mención.

Si la interpretación, según lo ya reiterado, ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, no puede apreciarse que concurra causa de extinción de la pensión alimenticia.

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 las 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 SSTTS 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»; por que, 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 conexas: ¿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). No debe serlo.

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 (aparición 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 (penalizaciones, 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 abril de 2021.

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.

Desde la reciente STS de 13 de noviembre de 2018, ha quedado ya definitivamente fijado que no cabe responsabilidad civil por incumplir el deber de fidelidad, ni siquiera por daños moral derivado del desvelamiento de que uno o varios hijos no son del marido de la madre. Argumentos expuestos:

-No hay norma dentro del Derecho de familia que establezca sanciones o que disponga la posibilidad de RC del incumplidor.

-Es muy difícil establecer un juicio moral sobre el origen y causante de los daños, teniendo en cuenta que ello tendría repercusiones negativas en la familia.

-No se dejan de sancionar otras conductas, cuando sean de tipo penal o vulneren derechos fundamentales.

-La ocultación de la filiación como dato relevante para condenar por responsabilidad, es una razón análoga, y no se diferencia en lo sustancial del incumplimiento del deber de fidelidad.

-No tiene sentido impugnar la filiación sobre el hijo, como suele hacer el padre formal que reclama indemnización, y a continuación pedir daños morales por la “pérdida” del hijo.

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:

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 ésa es una obligación

contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está 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, entendiéndose 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 entendiéndose, 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 esta 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 13 de noviembre de 2018:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Los antecedentes del caso son los siguientes:

1. Don Marino estaba casado con Doña Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, nacidos los días NUM000 de 1992, NUM001 de 1994 y NUM002 de 1997. Por sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir.

2. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, nacido el NUM001 de 1994, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales.

*3. La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la **excepción de prescripción** de la acción de conformidad con el art. 1968.2 CC (LEG 1889, 27), que fue estimada por el Juzgado con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presenta la demanda.*

4. Formulado recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial estimó el recurso y en parte la demanda:

(i) En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues **el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado**, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación -9 de noviembre de 2010-, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto -13 de junio de 2012-, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita.

(ii) En segundo lugar, concluye que, acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados ("dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno", lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).

5. La progenitora del menor ha interpuesto recurso de casación fundado en cuatro motivos:

(i) El primero se formula por infracción de los arts. 1968.2 y 1969 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que Raúl no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología de DIRECCION005, con fecha de 17 de agosto de 2010, fecha en la que nuevamente conoció que el menor no era hijo suyo, no siendo hasta el 9 de noviembre de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el día 13 de junio de 2013, cuando se formuló la demanda de la que trae causa el presente recurso.

(ii) El segundo por infracción del art. 1902 del Código Civil. Considera que no ha existido dolo por parte de la demandada, pues ésta tuvo conocimiento en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de que el segundo de los tres hijos biológicos habido constante el matrimonio no era de su marido, por lo que no habría existido engaño u ocultación y porque, en definitiva, la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable.

(iii) El tercero por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos.

(iv) El cuarto por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico.

Para justificar el interés casacional cita, entre otras, las sentencias de esta sala del TS de 22 (RJ 1999, 5721) y 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726), interpretada la primera de ellas, a sensu contrario, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado, que es negada por la parte.

SEGUNDO

El primer motivo, sobre prescripción de la acción formulada, se desestima. Es reiterada y pacífica doctrina de esta sala que la fijación de dies a quo, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación.

Es cierto, y también se ha dicho (sentencias 6/2015, 13 de enero (RJ 2015, 266), 29/2015, 2 de febrero (RJ 2015, 488), 116/2015, 3 de marzo (RJ 2015, 603), entre otras), que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

En la demanda se ejercitó una acción para exigir el cumplimiento de las acciones que nacen de culpa extracontractual, sujeta a la prescripción de un año, según el artículo 1968,2 del Código Civil (LEG 1889, 27), por lo que el problema se resuelve a partir del artículo 1902 del Código Civil. Y se resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida, y no como pretende la recurrente remitiendo el dies a quo al conocimiento que el demandante tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio, nace la acción, sino al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante; plazo luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se ha formulado en plazo.

TERCERO

El segundo motivo se refiere a la improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento de un hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación.

Se estima.

La cuestión planteada ya ha sido resuelta en la sentencia de pleno 202/2015, de 24 de abril (RJ 2015, 1915), en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 del Código Civil (LEG 1889, 27), de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo.

Pero la solución es la misma, como resulta de la doctrina de esta sala que, en lo sustancial, es la siguiente:

a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- (artículo 154 CC), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.

c) La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la

manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

e) La filiación, dice el artículo 112 CC, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario", como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos.

CUARTO

El tercer motivo presenta mayor complejidad. Lo que plantea -responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar, en el concreto supuesto de ocultación de la paternidad-, no es ajeno a esta sala, que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales (687/1999, de 22 de julio (RJ 1999, 5721); 701/1999, de 30 de julio (RJ 1999, 5726); 445/2009, de 14 de julio, y 404/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 6849)), aunque sin haber llegado a fijar doctrina jurisprudencial, en algún caso por no haber sido procedente el examen de la cuestión de fondo.

Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema.

El motivo se va a estimar.

1. El problema ha sido abordado directamente por esta sala en las sentencias 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio (RJ 1999, 5726) con criterios distintos. Las otras dos apreciaron la existencia de prescripción en la acción ejercitada.

En la primera de ellas se deniega la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Ciertamente, dice la sentencia, "los supuestos que

comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora".

En la segunda se sostiene, sin embargo, 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 (LEG 1889, 27), en relación en el 1101 del mismo...", pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.

2. Al daño moral se ha referido también la sentencia 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 5490), dictada en un supuesto subsiguiente a la crisis matrimonial en que se condena a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, por incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC, lo que nada tiene que ver con lo resuelto en el presente.

3. Esta sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia 687/1999, de 22 de julio.

(i) No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar.

(ii) Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa.

Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/199, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe - artículo 98 del CC-. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC.

(iii) Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011:

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 Familienverfahrensgesetz (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:

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 un precepto 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.

Sentencia del TS de 30 de mayo de 2018:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes .

Antecedentes fácticos no controvertidos (resumiendo el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, por su claridad).

Las partes, él nacido en el año 1950 y ella en el año 1971, ambos divorciados, él abogado y ella según manifiesta con trabajo en el Ministerio de Hacienda de Rusia y madre de una hija, se conocieron en las redes sociales, viniendo la Sra. Gloria , con su hija, a España e iniciando una convivencia con el Sr. Jose Miguel , en el año 2006. El 18 de junio de 2009 comparecieron ante notario, manifestando (documento 13), entre otras cosas, que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal cuyo uso corresponderá al esposo. El 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio.

Se interpuso demanda de divorcio el 4 de enero de 2016 por la Sra. Gloria , en la que solicita pensión compensatoria, y litis expensas, proceso al que se acumuló el iniciado por el Sr. Jose Miguel en otro juzgado de Valencia.

La sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Valencia, estima parcialmente la demanda, acuerda el divorcio y fija una pensión compensatoria para la demandante de 400 euros al mes durante dos años y le concede 3.000 euros de litis expensas. Para la temporalidad tiene en cuenta la edad y formación de la demandante.

En cuanto a la validez del pacto prematrimonial, la sentencia dictada en primera instancia, con invocación de la jurisprudencia de esta sala centra la cuestión en determinar si el pacto limita la igualdad o dignidad de alguno de los cónyuges: «se trata de analizar si lo pactado lesionaba el derecho a la igualdad de la Sra. Gloria , por el sometimiento que implicaba, ya que ésta al momento no sólo de la firma sino incluso también al momento de la ruptura carecía de recursos económicos, de cualquier tipo de ingresos, de autonomía económica...»

La sentencia acude a la STS 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , recurso 2392/2013 , en el que ambas personas eran también instruidas y preparadas, como en el presenta caso, y resalta que resulta de la sentencia que «solo si se parte de un estado de necesidad de uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio implica un importante desequilibrio puede considerarse conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328». Con base a la citada argumentación concluye que la renuncia de la parte actora a la pensión compensatoria fue nula, por contraria al derecho a la igualdad y no por estar viciado su consentimiento. La sentencia refiere absoluta precariedad de la demandante.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, revoca la de instancia, y ante los antecedentes fácticos expuestos tiene en cuenta el carácter disponible de la pensión compensatoria, de puro contenido económico, la autonomía de la voluntad y entiende que es un negocio jurídico válido que:

«[...] no existe conculcación del derecho de igualdad de ambos cónyuges, pues, como se desprende de los autos ambos por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo a que habían llegado de tipo económico, entre los dos, ante Notario, afectando sólo y exclusivamente a los mismos en el orden económico, dada la inexistencia de hijos comunes [...]»

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y se estructura en dos motivos.

«Se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 97 , 1328 y 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación con el art. 90.2 del Código Civil y los arts. 24.1 y 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y aplicación indebida de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos, recogida en sentencias como la de la Sala Primera, de 24 de junio de 2015, sentencia núm. 392/2015 (RJ 2015, 2657) , Recurso núm. 2392/2013 , resultando necesario que se declare infringida la doctrina conforme a la cual los pactos prematrimoniales no pueden resultar contrarios a la ley, la moral o al orden público ni causar perjuicio a terceros, entendiéndose que en determinadas circunstancias la renuncia a la pensión compensatoria contenida en los mismos puede resultar nula».

La parte recurrente en este motivo mantiene que la renuncia a la pensión compensatoria, que realizó ante notario, ha de considerarse nula por ser contraria a la ley, a la moral y al orden público. Alega en síntesis desconocimiento del idioma para conocer los términos de lo firmado, desigualdad, abuso de posición dominante por parte del Sr. Jose Miguel . Alega la recurrente recibir ayuda estatal (casa de acogida) y beneficio de justicia gratuita.

En el desarrollo argumental de este motivo cita otra sentencia la sentencia de esta sala de 26 de noviembre de 1993 .

El motivo segundo, se funda en:

«[...] infracción de los arts. 103.3 y 1318 del Código Civil , por falta de aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, representada por la sentencia núm. 184/2012 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 2 de abril de 2012 (RJ 2012, 5271) , recurso 1594/2010 , conforme a la cual, existe el derecho a la obtención de litis expensas en los litigios sobre divorcio en los casos en que no haya bienes comunes y la consideración de los ingresos por unidad familiar impidan a la esposa la obtención del beneficio de justicia gratuita, además de la vulneración de lo dispuesto por los arts. 209.3 , 216 y 218 LEC ; que obligan a que las sentencias sean suficientemente razonadas, se dicten de conformidad con las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes y sean claras, precisas y congruentes con las demandas y pretensiones deducidas en el proceso, normas que fueron vulneradas al revocarse en segunda instancia las litis expensas reconocidas en la sentencia de primera instancia sin la suficiente motivación y al margen del principio de congruencia».

En este motivo alega la recurrente que el Sr. Jose Miguel le imputó en la modalidad conjunta de la declaración del impuesto sobre la renta unas ganancias patrimoniales de 82.688,50.-€, sin su consentimiento ni conocimiento, razón por la que al principio del procedimiento no se le reconocía el beneficio de justicia gratuita, ni se le concedió la beca a su hija. También alega que en primera instancia el Sr. Jose Miguel se aquietó a la petición de litis expensas e invoca jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de sentencias de esta sala sobre motivación de las sentencias.

SEGUNDO.- Hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial .

En el FDD primero de la sentencia recurrida consta los siguiente:

«Debe tenerse en cuenta para resolver los presentes autos que 1.º se trata de personas nacidas en 1950 y 1971, es decir, cuentan actualmente , con 67 y 46 años, 2.º se casaron el 18-12-2009, es decir, hace casi 8 años, 3.º al casarse tenían, respectivamente, 59 y 38 años de

edad, 4.º ambos eran divorciados de matrimonio anterior, 5.º el esposo es abogado y la esposa trabajaba en el Ministerio de Hacienda en Rusia, según manifiesta la misma, 6.º la esposa vino a España tras contactar a través de las redes sociales, en el año 2006, trayendo asimismo a su hija e iniciando una convivencia con el demandado en diciembre del año 2006, 7.º el 18-6-2009 comparecieron ambos ante el notario realizando las manifestaciones que se contienen en el documento núm. 13 obrante en autos, 8.º posteriormente, unos seis meses más tarde, el 18-12-2009 contrajeron matrimonio, 9.º el día 21-12-2011 otorgó testamento en los términos que constan en el mismo en el documento núm. 3 obrante en autos».

TERCERO.- Acta notarial de manifestaciones de 18 de junio de 2009 (doc. nº 13) .

En el acta notarial de 18 de junio de 2009, consta lo siguiente:

»ME REQUIEREN:

»A mí el Notario para que por mediación de la presente acta se haga constar de forma indubitada y fehaciente, las manifestaciones que los requirentes me hacen con relación a que:

»1.- Que es intención de los comparecientes contraer matrimonio civil.

»2.- Que realizarán ante los Registros Civiles correspondientes los trámites para que Dña. Gloria adopte el apellido o los apellidos de su futuro esposo, por lo que pasará a llamarse Elisa .

»3.- Que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fija en Valencia, PLAZA000 NUM000 , puerta NUM001 , cuyo uso corresponderá al Sr. Jose Miguel , renunciando expresamente Dña. Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por Dña. Gloria , y los menores a su cargo.

»4.- En cuanto a las disposiciones testamentarias, una vez contraído matrimonio, el Sr. Jose Miguel , otorgará testamento en el plazo de dos meses con cesión de usufructo de bienes y del tercio correspondiente de libre designación a favor de su esposa, en tanto no pueda, por la legislación civil vigente ampliarle el caudal.

»En idéntica medida, se hará lo mismo a favor del esposo en el testamento otorgado por Gloria .

»Acepto el requerimiento, advirtiendo a los comparecientes de los efectos limitados de las manifestaciones efectuadas que constituyen simplemente una manifestación de intenciones».

CUARTO.- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Se denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 97 , 1328 y 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación con el art. 90.2 del Código Civil y los arts. 24.1 y 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , y aplicación indebida de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos, recogida en sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1.ª de lo Civil, STS 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , recurso 2392/2013 , resultando necesario que se declare infringida dicha doctrina conforme a la cual los pactos prematrimoniales no pueden resultar contrarios a la ley, la moral o al orden público ni causar perjuicio a terceros, entendiéndose que en determinadas circunstancias la renuncia a la pensión compensatoria contenida en los mismos puede resultar nula. En el presente caso, la renuncia de Dña. Gloria a la pensión compensatoria que realizó ante notario ha de considerarse nula por ser contraria a la ley, a la moral y al orden público.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Pactos prematrimoniales .*

Se desestima el motivo.

El motivo se funda en la infracción de la doctrina casacional recogida, entre otras, en la sentencia 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , partiendo de que la renuncia a la pensión compensatoria que hizo la hoy recurrente en el acta notarial de manifestaciones, lo fue sin conocer la trascendencia de lo efectuado y sin conocimiento de la lengua española, encontrándose en una situación de precariedad.

Sobre estas alegaciones debemos declarar:

- 1. Ambos cónyuges habían contraído matrimonios previos, de los que habían obtenido el divorcio.***
- 2. Dña. Gloria se desplazó desde Rusia, para luego traer a su hija, con consentimiento de D. Jose Miguel .***
- 3. Convivieron desde 2006 y el acta de notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La***

demanda de divorcio se interpone seis años después.

4. En la sentencia de instancia, no contradicha en este aspecto por la de apelación, consta que Dña. Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público.

5. D. Jose Miguel otorgó testamento el 21 de diciembre de 2011 instituyendo heredera a Dña. Gloria y mejorándola. Igualmente la nombró beneficiaria en las prestaciones de la Mutualidad de la Abogacía.

De lo expuesto cabe razonar que Dña. Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario.

El suficiente conocimiento del idioma es un hecho probado, que no puede cuestionarse en casación.

SEXTO.- Pactos prematrimoniales y orden público .

Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales, son contrarios al orden público.

Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria , en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 del C. Civil (LEG 1889, 27)).

Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad.

SÉPTIMO.- Pactos prematrimoniales. Derecho a la libertad, dignidad e igualdad.

De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria , por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente

antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz.

Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14 , 17 y 19 de la Constitución (RCL 1978, 2836)).

En base a todo ello no puede entenderse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , recurso núm. 2392/2013 .

OCTAVO.- Motivo segundo.

Motivo segundo.- Infracción de los arts. 103.3 y 1318 del Código Civil (LEG 1889, 27) , por falta de aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, representada por la sentencia núm. 184/2012 (RJ 2012, 5271) de la Sala Primera, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, de fecha 2 de abril de 2012, recurso 1594/2010 , conforme a la cual, existe el derecho a la obtención de litis expensas en los litigios sobre divorcio en los casos en que no haya bienes comunes y la consideración de los ingresos por unidad familiar impidan a la esposa la obtención del beneficio de justicia gratuita, además de la vulneración de lo dispuesto por los arts. 209.3 , 216 y 218 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , que obligan a que las sentencias sean suficientemente razonadas, se dicten de conformidad con las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes y sean claras, precisas y congruentes con las demandas y pretensiones deducidas en el proceso, normas que fueron vulneradas al revocarse en segunda instancia las litis expensas reconocidas en la sentencia de instancia sin la suficiente motivación y al margen del principio de congruencia. En el presente caso Dña. Gloria no podía obtener el beneficio de justicia gratuita porque, según consta en autos, en la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2014 del Sr. Jose Miguel , que realiza en la modalidad conjunta, incluyendo a mi representada, le imputó a ésta, en concepto de ganancias patrimoniales, la suma de 82.688,50.-€, sin su consentimiento ni conocimiento.

Se desestima el motivo.

Se desestima el motivo por carencia manifiesta de fundamento en cuanto mezcla cuestiones heterogéneas en el mismo motivo, plantea cuestiones ajenas al recurso de casación y altera la base fáctica de la sentencia afirmando cuestiones que no forman parte del supuesto de hecho que contempla la sentencia recurrida como resultado de la valoración de la prueba (art. 483.2.4.º LEC).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2019: Cambio de sexo de menores de edad

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1

Planteamiento y posiciones de las partes

La presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, aunque formalmente tiene por objeto el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524), reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, realmente se circunscribe al inciso "mayor de edad" contenido en el párrafo primero del apartado primero del mencionado precepto, es decir, a la exigencia de mayoría de edad de la persona para poder solicitar la rectificación de la mención de su sexo en el registro civil y, complementariamente, de su nombre en consonancia con ese cambio.

Concretamente, el art. 1.1 de la Ley mencionada dispone que:

"Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral".

El motivo por el que se cuestiona ese inciso es que su contenido podría vulnerar los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 43.1 (derecho a la protección de la salud), en relación al 10.1 (dignidad de la persona y libre

desarrollo de la personalidad), todos ellos de la Constitución.

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo plantea la cuestión con ocasión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentados por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y nombre del menor al amparo de la mencionada Ley 3/2007 cuando este tenía doce años, primero en vía gubernativa ante el propio registro civil y luego en juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Huesca, con posterior apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca, denegándose en todos los casos su pretensión en atención a la minoría de edad de su hijo. La abogacía del Estado se opone a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que la fiscal general del Estado y quienes fueron parte actora en el proceso a quo, personados todos ellos en este proceso, solicitan que se estime por los argumentos recogidos en los antecedentes de esta sentencia. Esta última, además, sostiene que la necesaria superación de la visión patológica de este fenómeno debe conducir a entender que las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) son contrarias a la Constitución.

2

Consideración preliminar: identificación de la parte recurrente en el proceso a quo

Con carácter previo a la exposición de la fundamentación de esta sentencia, y de manera semejante a como explicamos en nuestra STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) , FJ 9, al considerar que corresponde "a este Tribunal la adopción, en cuanto a la forma de sus resoluciones, de 'las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución' (art. 86.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) : LOTC), la presente sentencia no incluye la identificación completa del recurrente [en el proceso a quo , ni de sus progenitores, a fin de respetar la intimidad del menor], ... tal como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 288) , FJ 1; 94/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 94) , FJ 7; 30/2005, de 14 de febrero (RTC 2005, 30) , FJ 7, y 114/2006, de 5 de abril (RTC 2006, 114) , FJ 7)". Igualmente, se quiere hacer constar que las referencias que a lo largo de esta sentencia se hacen al menor en relación al cual se ha suscitado este proceso, pretenden serlo en sentido genérico o neutral, como equivalente a persona menor de edad, sin expresar ninguna connotación sobre su sexo ni sobre su identidad de género.

3

Delimitación del objeto

Quienes fueron los recurrentes en el proceso a quo se han personado en este proceso y, además de instar la estimación de la cuestión planteada respecto del art. 1.1 de la Ley 3/2007 (RCL 2007, 524) , solicitan que también se declaren inconstitucionales las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) porque, al constituir una heteroasignación de la identidad sexual, lesiona la dignidad de la persona transexual.

El Tribunal aprecia que no procede acoger esta pretensión. El órgano que eleva la presente cuestión, tanto al conferir el trámite de audiencia como al razonar la aplicabilidad y relevancia de los preceptos cuestionados respecto del supuesto litigioso subyacente (ambas presupuestos procesales requeridos por el art. 35.2 LOTC (RCL 1979, 2383)), entiende que las exigencias impuestas por el art. 4.1 de la Ley 3/2007 para que proceda la rectificación, o bien aparecen cumplidas por la persona solicitante, o bien dicho sujeto está exento de cumplirlas ex art. 4.2 de la misma ley. La consecuencia, en uno y otro caso, es que el órgano judicial no plantea cuestión alguna respecto del citado art. 4.1 de la Ley 3/2007. Este tema, que viene a suscitar en última instancia si resulta contrario a la Constitución que el legislador condicione la rectificación registral de la mención del sexo a cualesquiera exigencias distintas de la voluntad expresada por la persona transexual (el art. 4.1 requiere diagnóstico médico y tratamiento hormonal), no forma parte, por los motivos ya indicados, del objeto procesal y, por ello, el Tribunal no realizará ningún pronunciamiento sobre él.

4

Derechos fundamentales y principios constitucionales afectados por la norma cuestionada

El fondo de este proceso constitucional requiere que el Tribunal decida si reservar al mayor de edad el derecho a rectificar la mención del sexo en la inscripción del registro civil, lo que en el sistema de la Ley 3/2017 (RCL 2007, 524) conlleva de un modo inmediato el derecho al cambio registral del nombre (párrafo segundo del art. 1.1) constituye o no una restricción desproporcionada de alguna situación jurídica de la persona menor de edad que resulte garantizada por la Constitución Española (RCL 1978, 2836) .

Es constante la doctrina constitucional acerca de que el principio de proporcionalidad, como presupuesto de constitucionalidad de la ley, no opera en abstracto. El Tribunal ha insistido reiteradamente que dicho principio actúa únicamente por referencia a concretos derechos fundamentales (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) , FJ 5, y 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55) , FJ 3) o a específicos principios

constitucionales [STC 60/2010, de 7 de octubre (RTC 2010, 60) , FFJJ 7 y 8 b)], derechos y principios que serían los vulnerados en caso de que el legislador los restrinja de un modo desproporcionado.

En coherencia con este pronunciamiento repetido en la doctrina constitucional, la citada STC 60/2010 destacó que "la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida [legal] es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada".

a) El primer bien jurídico de relevancia constitucional que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 afecta es, y así se resalta en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona (art. 10.1 CE). En efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nombre (párrafo segundo del art. 1.1) y a "ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición" (art. 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.

Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con "el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea" (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015 (PROV 2015, 79326) , asunto Y.Y. c. Turquía , § 57). En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de "vida privada" incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH

(RCL 1999, 1190, 1572)). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral esta garantizada en el art. 8 (STEDH A.P. asunto Garçon y Nicot contra Francia , de 6 de abril de 2017).

El Tribunal Federal Alemán se ha pronunciado varias veces acerca de situaciones en las que pueden verse las personas transexuales (1 BvR 938/81, de 16 de marzo de 1982; 1 BvL 38/92, de 26 de enero de 1993; 1 BvL 3/03, de 6 de diciembre de 2005; 1 BvL 1/04, de 18 de julio de 2006; 1 BvL 10/05, de 27 de mayo de 2008; 1 BvR 3295/07, de 11 de enero de 2011 y 1 BvR 2019/16, de 10 de octubre de 2017). En todas ellas el marco básico de análisis ha sido el derecho general a la propia personalidad (arts. 1.1 y 2.1 GG). También la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015, llama a los Estados, en lo que concierne al reconocimiento jurídico del género, "[a] instaurar procedimientos, rápidos, transparentes y accesibles, fundados en la autodeterminación, que permitan a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo sobre los certificados de nacimiento, los documentos de identidad, los pasaportes, los diplomas y otros documentos similares: a poner los procedimientos a disposición de todas las personas que quieran utilizarlos, independientemente de la edad, el estado de salud, la situación financiera o de una condena pasada o presente". Finalmente la Sala Primera del Tribunal Supremo fundó en el libre desarrollo de la personalidad ex 10.1 CE la línea jurisprudencial (STS 929/2007, de 17 de septiembre (RJ 2007, 4968) , 158/2008, de 28 de febrero (RJ 2008, 2932) , 182/2008, de 6 de marzo (RJ 2008, 4039) , 183/2008, de 6 de marzo (RJ 2008, 4040) , 731/2008, de 18 de julio (RJ 2008, 4484) , 465/2009, de 22 de junio (RJ 2009, 3408)) en la que, dando prevalencia en la determinación del sexo a los factores psicosociales, dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la rectificación de las menciones de sexo y nombre en el registro civil.

Este criterio que vincula la determinación autónoma de la propia identidad con el libre desarrollo de la persona estuvo igualmente presente en la actividad legislativa que introdujo la rectificación registral de la mención del sexo. No en vano la exposición de motivos de la Ley 3/2007 aclara que lo que se pretendía con la nueva regulación era una realización de dicho principio constitucional. Lo presenta de un modo meridiano al razonar que se trata de "una respuesta del legislador para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas".

Si, por los motivos indicados, el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la

realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, restricción que aparece consignada en su art. 1 y que deja fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a quienes no cumplan con ese requisito de edad, supone que a éstos se les priva de la eficacia de dicho principio constitucional en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad.

Esta restricción, observa el Tribunal ya en este momento y lo retomará más adelante como elemento relevante para resolver este proceso, es de un grado particularmente intenso porque condiciona una manifestación de primer orden de la persona y, consecuentemente, incide de un modo principal en su dignidad como tal individuo, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional como el establecido en la Constitución de 1978.

En conclusión, el precepto legal cuestionado, en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE.

b) El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) afirma igualmente que la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE) del menor transexual, pues "le expone —dice el auto— al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc.". Existe, considera este Tribunal, una conexión entre la norma impugnada y esta situación que subraya el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) . En realidad, excluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación de la mención de sexo en el registro, y del correlativo cambio de nombre, tiene un efecto reflejo en el sexo y nombre que aparecen en sus documentos oficiales, y en general condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse.

Resolver acerca de si la situación descrita afecta a la intimidad personal es una cuestión que ha de partir de la doctrina constitucional sobre esa dimensión del art. 18.1 CE. Se ha resaltado de un modo reiterado (por todas, STC 60/2010) que "el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica 'la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana' (STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231) , FJ 3)". Y a ello se ha añadido que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada

persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (SSTC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127) , FJ 7, y 89/2006, de 27 de marzo (RTC 2006, 89) , FJ 5)".

El Tribunal, aplicando la doctrina reseñada, aprecia que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos —el percibido por el sujeto— y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual.

Se desprende de todo lo anterior que la norma impugnada también afecta a la intimidad personal ex art. 18.1 CE, a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona.

c) Por el contrario, el Tribunal no considera que la norma impugnada afecte a los otros dos bienes jurídicos de relevancia constitucional a que alude el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) .

Nótese que la invocación de los arts. 15 y 43 CE no va ligada a la necesidad de someterse a cirugías de readaptación (la normativa española no establece este requisito para la rectificación registral del sexo) o a otro tratamiento con incidencia corporal (el órgano judicial que eleva la cuestión no considera aplicable esa exigencia en quien acciona en el proceso a quo). El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) considera afectados los arts. 15 y 43 CE porque entiende que la persona menor de edad, al verse obligada a afrontar la falta de sintonía entre el sexo percibido y el sexo registrado, es objeto de un trato humillante e inhumano, lo que supone también una afectación de su salud. El TEDH abordó esta cuestión en STEDH de 11 de septiembre 2007 (TEDH 2007, 56) , asunto L. c. Lituania , § 46 y 47, resaltando que, en principio esta situación, aun reconociendo la angustia y frustración que puede generar, no reviste la intensidad suficiente para encontrar cobertura en el art. 3 CEDH, considerando más apropiado analizar su queja en el contexto del art. 8 CEDH, precepto que terminó considerando vulnerado.

Recogiendo una doctrina constitucional ya muy consolidada, y reseñada puntualmente en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , procede afirmar que también los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Es abundante el acervo doctrinal (por todas, STC 183/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 183) , FJ 5) que afirma, como "parte del contenido esencial del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) ", el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, y que añade que "con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal".

Más ajustada a las cuestiones que se suscitan en este proceso —por tratarse de derechos de libertad y no de prestación como es el derecho a la tutela judicial efectiva— resulta la STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) , FJ 5, cuando afirma que "desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar".

Por su parte, la STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154) , FJ 9 a), apoyándose expresamente en el pronunciamiento transcrito en la citada STC 141/2000, ha reconocido que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales —el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida— no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad, menor que aparte de titular pleno de la libertad de creencias debe, cuando se trata de opciones personalísimas como la decisión vital de aceptar o rechazar una transfusión sanguínea por razón de creencias y se dispone de madurez suficiente que le habilite, reconocérsele la responsabilidad del ejercicio del derecho fundamental.

En aquel caso (STC 154/2002) la atribución de un espacio de libre decisión, con las salvedades que exigiesen otros bienes jurídicos, se justificaba en el respeto a sus creencias religiosas y, por tanto, en el derecho fundamental que el art. 16.1 CE consagra. Nada obsta, sin embargo, a que se generalice este criterio (reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran otras relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad) y se proyecte, como asimismo aduce el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , sobre la capacidad misma de autodeterminación del

sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida del Derecho. No en vano la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) , que adquiere aquí relevancia en virtud del art. 10.2 CE, vincula a los Estados partes "a respetar el derecho del niño a preservar su identidad".

6

El alcance del control de la proporcionalidad de una medida legislativa

Que la norma recurrida afecte al derecho fundamental a la intimidad personal y al principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad no significa necesariamente que sea inconstitucional. Solo lo será si esa incidencia en los derechos o principios constitucionales mencionados se manifiesta como desproporcionada. El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (por todas, STC 60/2010 (RTC 2010, 60) , FJ 9): a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) , FJ 5), sucesivamente el cumplimiento de "la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Antes de abordar los estadios de análisis que, según lo razonado, conforman el canon de enjuiciamiento de la proporcionalidad como presupuesto de constitucionalidad de la ley, debemos hacer algunas consideraciones previas sobre el alcance del control de proporcionalidad que incumbe a este Tribunal.

a) La primera observación es en clave institucional y atiende a la delimitación de las funciones respectivas del legislador y de este Tribunal. La STC 55/1996 (RTC 1996, 55) , FJ 6, después de establecer que cabía el control de proporcionalidad de la ley, matizó su afirmación para tomar en cuenta "[l]a posición constitucional del legislador", que "obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes".

Esta apelación a la posición del legislador cobra sentido a la luz de que el art. 53.1 CE (RCL 1978, 2836) le atribuye delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, siempre que no resulten desconocidos los elementos centrales que los identifican como tales. Esta función del legislador de definir el ámbito de tutela que dispensan los derechos fundamentales entraña un margen de configuración muy extenso, amplio margen que el Tribunal ha proyectado también en relación a los principios constitucionales (STC 60/2010, FJ 7). El Tribunal, con motivo de enjuiciar ciertas medidas legislativas con arreglo al canon constitucional de proporcionalidad, ha precisado este margen de configuración al recordar que "el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas" (STC 55/1996, FJ 6).

Será, por tanto, el legislador quien en principio concretará las condiciones en que, como manifestación del derecho a la intimidad personal y del principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad.

Hay, sin embargo, decisiones del legislador que, con la finalidad de atender lo que en su criterio requiere la realización de un objetivo constitucionalmente legítimo, recaen propiamente sobre elementos centrales de un determinado derecho o principio constitucional, restringiéndolo más allá del margen de configuración que la Constitución (RCL 1978, 2836) le reserva. Estos supuestos de colisión entre bienes de relevancia constitucional, en los que el legislador para dar adecuada satisfacción a uno de los fines en conflicto acuerda restringir el contenido protector de un derecho o principio constitucional en alguno de sus elementos centrales, constituyen el ámbito propio en que el Tribunal Constitucional está llamado a desenvolver el control constitucional de la ley conforme al principio de proporcionalidad. En este sentido el Tribunal ha declarado que "cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del interprete constitucional alcanza la máxima importancia 'y se ve obligado —como dice la STC 53/1985— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos'" (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) , FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994, 215) , FJ 2).

b) La segunda consideración es de carácter sustantivo y conlleva que el alcance del enjuiciamiento constitucional del legislador resulta dependiente "del objeto sobre el que este se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore", de tal modo que "cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera" (STC 60/2010, FJ 7).

c) *Es tiempo de proyectar los dos anteriores criterios sobre las circunstancias del caso. En este proceso la norma impugnada excluye a determinadas personas —los menores transexuales— del derecho reconocido con carácter general al resto de españoles a que en el registro civil consten menciones de sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida. Ello comporta, como consecuencia directa, que estas personas no gozan de documentación que les permita identificarse en sus actividades en general conforme a su sexo y nombre queridos, con lo que no pueden reservar del conocimiento ajeno la diferencia entre el sexo atribuido originariamente y el percibido como propio. Se les impide, por tanto, excluir del conocimiento ajeno su condición de transexual, y esa publicidad forzada le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia.*

Este Tribunal aprecia que esa medida legal tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia. Y ambos detrimentos revisten una particular intensidad por recaer en aspectos especialmente conectados con la dignidad humana como los relativos a la propia identidad. Todo ello determina que el control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso deba alcanzar al examen de la proporcionalidad de la medida legal, a través de las dos fases antes indicadas, control que deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera.

7

La primera parte del canon: el objetivo constitucionalmente legítimo que justifica la restricción legal

La primera parte del canon de enjuiciamiento de este proceso exige comprobar que la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo persigue preservar algún bien o interés constitucionalmente legítimo de suficiente relevancia. La vulneración de la proporcionalidad —ha señalado este Tribunal— podría declararse ya en un primer momento del análisis "si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes" (STC 55/1996 (RTC 1996, 55), FJ 7).

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) se refiere, si bien que con muy distinto resultado, a dos posibles objetivos que podrían justificar en abstracto la medida legal restrictiva que enjuiciamos. De un lado, contiene una alusión a las consideraciones de orden público conectadas con

la estabilidad e indisponibilidad del estado civil. De otro lado, menciona expresamente la "necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4 CE (RCL 1978, 2836))", invocando al efecto la STC 274/2005 (RTC 2005, 274) .

Procede descartar, por los mismos motivos que lo hace el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , la primera de las opciones. En la forma de Estado que articula la Constitución de 1978, el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal del orden público. Otros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales. Este criterio ha sido acogido expresamente en nuestro entorno jurídico para negar, precisamente en el contexto de las condiciones legales en que se admite el cambio de la mención registral del sexo, que las razones de seguridad jurídica que informaban el requerimientos legal de someterse a operación quirúrgica [STS (Sala Primera) 929/2007, de 17 de septiembre (RJ 2007, 4968) } o de sujetarse a un proceso de esterilización [STCFA de 28 de enero de 2011 (BvR 3295/07)] pudieran prevalecer sobre la autonomía de la persona para determinar su propia identidad de género.

Por el contrario, el Tribunal ha admitido expresamente que el art. 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, estableciendo regímenes especiales de tutela allí donde el legislador, dentro del amplio margen que enmarca la Constitución, lo considere necesario. La STC 274/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 274) , FJ 4, citada expresamente por el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , reconoce que la diferencia legal entre hermanos mayores y menores de la fallecida en accidente de tráfico tiene por finalidad legítima la "de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE)". Por su parte, la STC 141/2000 (RTC 2010, 141) , FJ 5, declaró que "el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores". Y la misma sentencia, líneas más arriba, había precisado que "[las] libertades y derechos de unos y otros ... deberán ser ponderados teniendo siempre presente el 'interés superior' de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)". En la misma línea de las dos sentencias anteriormente referidas, la STC 64/2019 (RTC 2019, 64) ha declarado que el interés superior del menor de edad es un objetivo constitucionalmente legítimo que puede justificar límites al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como conclusión de las anteriores consideraciones, cabe admitir que el interés superior del menor inherente a algunas de las previsiones del

art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.

Debe precisarse, adicionalmente, que no se opone a esta apreciación del Tribunal que en este caso la restricción del principio o derecho constitucional —la exclusión del menor transexual de la rectificación registral de la mención de sexo— se apoye en lograr un beneficio para los mismos sujetos que sufren la limitación. No lo es, en primer lugar, porque se asienta en el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad. De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del agere licere de la persona, que hunden igualmente sus raíces en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en la tutela dispensada por concretos derechos fundamentales (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitación en aras de procurar la protección de la misma persona que sufre la restricción (entre otras, las citadas SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) , y 60/2010, de 7 de octubre (RTC 2010, 60)).

8

La segunda parte del canon: la proporcionalidad en la persecución del objetivo legítimo

La segunda parte del canon de enjuiciamiento de este proceso requiere verificar si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales —la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo— se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica —la tutela privilegiada de los menores de edad como categoría de personas necesitadas de especial protección—, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es adecuada (A), necesaria (B) y proporcionada en sentido estricto (FJ 9).

a) Sobre el juicio de adecuación de una medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, este Tribunal ha precisado, con muy particular atención a la posición constitucional del legislador, que "la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación [de la medida legal restrictiva], desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus

finis". (STC 60/2010 (RTC 2010, 60) , FJ 12).

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) no presenta ninguna argumentación ordenada a evidenciar que aparece como manifiesto que la medida legal que cuestiona suponga, en todo caso, un entorpecimiento en el logro de la protección específica del menor o resulte indiferente respecto de ella.

De hecho, aunque extender el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la Ley 3/2007 (RCL 2007, 524) al menor transexual entrañaría sin duda un importante beneficio para él, al menos en términos de tutela de su intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión sobre su persona, no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción, si bien supone para él una restricción en los derechos y principios constitucionales antes indicados, se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan las serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada. No resulta manifiesto, por tanto, que la medida legal cuestionada resulte en todo caso entorpecedora o indiferente en relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes públicos por mandato constitucional.

b) La doctrina constitucional también se ha ocupado reiteradamente sobre el control de la necesidad de la medida legal restrictiva de derechos y principios constitucionales en relación con el fin que la justifica, y lo ha hecho teniendo muy presente, de nuevo, la posición constitucional del legislador.

La STC 64/2019 (RTC 2019, 64) resalta que el Tribunal "ha reiterado que, prima facie , el juicio de necesidad compete al legislador, lo que viene justificado ... sobre todo [por] su naturaleza como 'representante en cada momento histórico de la soberanía popular' (SSTC 11/1981 (RTC 1981, 11) , y 332/1994 (RTC 1994, 332))".

De un modo más preciso, la STC 136/1999, de 20 de julio (RTC 1999, 136) , FJ 23, estableció que desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar una norma legal como innecesaria cuando "resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador". A su vez, la STC 161/1997 (RTC 1997, 161) , FJ 11, había razonado que el control del Tribunal Constitucional sobre "la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia ... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le

corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido".

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) sostiene que la norma legal cuestionada es una restricción innecesaria del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836)) y del principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Argumenta que "cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad ... este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad".

De este razonamiento se desprende que la medida alternativa menos gravosa considerada por el órgano remitente es aquella en que la exigencia de la mayoría de edad no se proyectase sobre los menores de edad "con madurez suficiente" y que se encuentren "en situación estable de transexualidad".

En este análisis de proporcionalidad la norma legal aquí cuestionada incorpora una restricción que se proyecta sobre bienes constitucionales de la más alta significación: el derecho a la intimidad y el principio que garantiza el libre desarrollo de la persona.

Y además esta limitación recae sobre un aspecto de ellos como es la identidad personal que reviste una especial centralidad por su particularmente estrecha relación con la dignidad de la persona humana. Únase a todo ello que la restricción sobre esos bienes actúa de una manera radicalmente intensa: mediante la privación completa de algunas de sus manifestaciones respecto de un conjunto entero de sujetos.

La traducción de este criterio sustantivo al presente proceso, en tanto que la norma legal enjuiciada supone una restricción que se proyecta sobre un objeto particularmente vinculado a la dignidad humana y que se concreta en una limitación muy intensa del mismo, conlleva que el control de la proporcionalidad de dicha norma por el Tribunal debe desenvolverse de un modo especialmente incisivo, en el sentido de poder verificar si los beneficios obtenidos por la aplicación de la norma sean de una entidad tal que compensen la gravedad de los sacrificios que impone a los derechos fundamentales enfrentados.

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) argumenta que "cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad ... este tribunal tiene dudas de que la restricción ... pueda superar el juicio de necesidad... Y, lógicamente, tiene también dudas de que pueda superar la última fase del juicio, el juicio de proporcionalidad estricta... Impedir al menor, en las circunstancias ya repetidas a lo largo de la resolución, solicitar la modificación de la mención registral del sexo y del nombre, puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales ... por la graves consecuencias que pueden acarrearle, que pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida".

El órgano judicial remitente no cuestiona la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 (RCL 2007, 524) en su integridad. Sostiene, por el contrario, que puede constituir una restricción desproporcionada una parte de él, aquella que excluye de la rectificación de la mención registral del sexo a los menores de edad "con suficiente madurez, que realiza[n] una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad".

El contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos del cambio de la mención registral del sexo restricciones muy notables en los bienes jurídicos constitucionales ya indicados. Estas limitaciones, que en sí mismas revisten enorme intensidad y se proyectan sobre bienes constitucionales de la mayor transcendencia, se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta una "madurez suficiente", en tanto que resulta inevitable reconocerle una mayor necesidad de tutela de su intimidad personal y del espacio de decisión que le habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad.

La restricción legal que enjuiciamos, sin embargo, no solo da lugar a inconvenientes para ciertos principios y derechos constitucionales. Conlleva, por otro lado, determinados beneficios importantes para otros bienes jurídicos también de relevancia constitucional, ya que mediante esta restricción legal el legislador despliega la protección especial de los menores de edad que le incumbe en virtud del mandato derivado del art. 39 CE (RCL 1978, 2836) . Estos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdeña, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código civil (LEG 1889, 27) de la emancipación del menor de edad (arts. 314 y ss). De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , el riesgo de remisión de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta.

Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con "suficiente

madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad", circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el art. 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno —i.e. cambio de nombre, pero no de sexo— para las situaciones de transición.

De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con "suficiente madurez" y en una "situación estable de transexualidad" y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad.

De la misma manera que se acordó en las SSTC 26/2017, de 16 de febrero (RTC 2017, 26) , y 79/2019, de 5 de junio (PROV 2019, 217010) , este Tribunal declara que la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836) de la Nación Española, ha decidido estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524) , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, en consecuencia, declararlo inconstitucional, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad".

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trias en relación con la sentencia dictada por de Pleno en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, al que se adhiere el magistrado don Alfredo Montoya Melgar

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) , y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, por discrepar de su fundamentación y fallo en los términos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

1. Las razones de mi discrepancia traen causa de un enfoque constitucional radicalmente distinto al seguido por la mayoría del Pleno, pues entiendo que la labor del Tribunal Constitucional no es la de indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece, sino la defensa objetiva de la Constitución y de su primacía, mediante un juicio de adecuación del precepto, partiendo del principio de conservación de la norma y expulsando del ordenamiento jurídico solamente aquellos preceptos que choquen frontalmente con nuestra Ley Fundamental, lo que, a mi juicio, no se tiene en cuenta en la Sentencia de la que disiento, en la que se prescinde de un análisis previo de la finalidad y contenido de la norma de la que forma parte el precepto cuestionado.

En este sentido, el precepto discutido, que se reproduce íntegramente en el fundamento jurídico primero de la sentencia, forma parte de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524) , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no tiene como finalidad el desarrollo del ejercicio de ningún derecho fundamental de la persona, sino que, como se indica literalmente en la exposición de motivos, exclusivamente persigue "regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el registro civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género". Por tanto, antes de llevar a cabo ningún juicio de constitucionalidad, es importante tener en cuenta que la naturaleza y finalidad del registro civil es la de constatar y publicar los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley (art. 2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio (RCL 2011, 1432) , del registro civil), lo que está en directa conexión con la finalidad del mismo, que es la de otorgar seguridad a las relaciones jurídicas y, correlativamente, justifica que el cambio de inscripción de sexo y nombre "no alterará la titularidad del resto de derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral" (art. 5.3 de la Ley 3/2007).

Por tanto, creo que resulta necesario aclarar que la Ley registral no otorga derechos, ni regula el libre ejercicio de los mismos, sólo constata hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas. Tales hechos y actos inscribibles, así como los requisitos que ha de cumplir una

persona para formalizar una determinada inscripción en el registro civil, pertenecen a la libertad de configuración del legislador, toda vez que nada dice la Constitución respecto a dicho extremo. Todo ello sin perjuicio de que, como es lógico, una determinada exigencia legal (en el caso que nos ocupa la mayoría de edad para rectificar la mención registral del sexo), pudiera suponer una injerencia ilegítima en un derecho fundamental.

2. A partir de este marco, la ley parte del reconocimiento del derecho que tiene la persona transexual a rectificar la mención registral de su sexo y de su nombre para que ambos estén en concordancia. Con tal razón, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en atención a la finalidad del registro, exige la mayoría de edad para formalizar dichos cambios, como también establece otra serie de requisitos, todo ello dirigido a constatar que exista un grado de madurez suficiente y una decisión firme y asentada (art. 4 de la Ley 3/2007). Como puede fácilmente comprenderse, desde el punto de vista jurídico, ello no sólo conecta con los efectos de todo cambio registral y con la seguridad jurídica que el registro civil pretende garantizar, sino también con la obligada protección jurídica del interés del menor (art. 39.4 CE (RCL 1978, 2836)), toda vez que la rectificación registral de la mención relativa al sexo y al nombre no es más que la constatación formal de una previa decisión de naturaleza personalísima, como es el cambio de sexo, que el legislador entiende que ha de formalizarse sólo cuando la persona tiene plena capacidad para ello, lo que identifica y, por razones de seguridad, sólo puede garantizar mediante la utilización de un criterio objetivo como es la mayoría de edad (art. 12 CE).

3. Expuesto lo anterior, creo que existen argumentos jurídicos suficientes para afirmar que la norma cuestionada es constitucional, al igual que también serían constitucionalmente legítimas otras opciones legislativas como la que se propone en la sentencia de la que discrepo, pues sólo puedo calificar de propuesta legislativa la argumentación dirigida a optimizar la ley, lo que nada tiene que ver con su inconstitucionalidad, alejándose así del papel que le corresponde a este Tribunal en el Estado de Derecho. Dicho de otro modo: a mi juicio, no se trata de analizar si la facultad de rectificación registral puede o no graduarse en función de la madurez de los menores, pues no es misión de este Tribunal indicar qué norma podría ser más favorable al ejercicio de determinados derechos fundamentales (esta es labor exclusiva del legislador). Se trata de enjuiciar si el requisito de la mayoría de edad para cambiar la mención registral choca frontalmente con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o con la protección de la dignidad de la persona que se desprende del art. 10.1 CE. Creo que tales vulneraciones no concurren en el caso que nos ocupa por las razones ya expuestas y que están vinculadas a la naturaleza y finalidad del registro civil, pero también, porque la norma toma como parámetro justificativo del cambio de la mención registral no sólo "la identidad de género sentida por el solicitante", sino la seguridad de que tal cambio

de sexo vienen avalado por su "estabilidad y persistencia" (art. 4 de la Ley 3/2007), razón por la que utiliza un criterio objetivo como la mayoría de edad, que identifica con el pleno ejercicio de la capacidad de obrar (art. 12 CE). Lo que lejos de ser una restricción de derechos, ello es una garantía para el menor, que ejerce por sí mismo un derecho de naturaleza personalísima. Todo lo anterior no está reñido con el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad del menor transexual, que podrá ejercer en su vida privada y en sus relaciones con la administración, de acuerdo con lo dispuesto en el resto de normas legales, de las que no es responsable el legislador registral.

4. Debo subrayar que en la sentencia de la que discrepo no encuentro suficientes argumentos jurídicos que avalen la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pues en la misma no se lleva a cabo un desarrollo de los derechos fundamentales y principios constitucionales que se entienden vulnerados. La sentencia prescinde de un análisis de fondo de la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE) a la luz del art. 39.4 CE, limitándose, por otro lado, a crear una nueva vertiente del derecho a la intimidad (que se identificaría con el derecho del menor a no tener que explicar, en sus relaciones privadas y públicas, su condición de persona transexual), pero no se conecta tal derecho de libertad (que, por otra parte, en ningún momento se cuestiona en la Ley 3/2007), con un pretendido derecho de prestación del Estado, consistente en permitir que el menor pueda cambiar el asiento registral.

Por el contrario, en la sentencia se alude constantemente a la STC 60/2010 (RTC 2010, 60) aplicando el principio de proporcionalidad, que aquí es ocioso, porque no se confrontan diferentes derechos fundamentales. No tiene en cuenta que en la situación examinada en la STC 60/2010 se analizaba la constitucionalidad de una norma penal que restringe el derecho del penado y la víctima a mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, trasladando el juicio de constitucionalidad a un supuesto muy alejado al que nos ocupa pues la libertad de configuración del legislador penal es muy limitada. Además, en aquella sentencia el Tribunal Constitucional concluyó que aunque tal pena accesoria afecta negativamente al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, de ello no se deriva sin más la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino su sujeción a un canon de control que satisfaga la finalidad constitucionalmente legítima y el cumplimiento del principio de proporcionalidad [FFJJ 8 b) y 9]. Igualmente dejó muy claro que la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar y, en consecuencia, consideró que la norma era plenamente constitucional.

5. En suma, la sentencia de la que discrepo reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis no se lleva a cabo desde un estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido, sino que los argumentos parecen dirigidos a la optimización de la norma, pero no a declarar la inconstitucionalidad de la misma. En igual sentido y con parecidos argumentos podríamos entender que la edad límite de escolarización obligatoria no resulta la óptima en relación con el ejercicio del derecho a la educación,

al igual que la de extracción de órganos respecto al derecho a la integridad, el consumo de alcohol o tabaco sobre el derecho a la salud, el secreto de las comunicaciones o el domicilio del menor en cuanto a la libertad personal y de circulación y de residencia, el ejercicio del derecho al voto y al derecho de participación política.

Todo ello redundando finalmente en un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia "aditiva", en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia "monitoria" en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la "suficiente madurez del menor" y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo.

Y en ese sentido emito mi Voto Particular.

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecinueve.