

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 54

Revista de

Derecho de Familia

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 803-1998

ISSN 1139-5168

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Javier Pérez Martín, con la colaboración de Lexfamily SL; y por Teresa Ferrero y Jaime Barbero del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

DIRECTOR

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

LEYES UNIFORMES PARA LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

En el pasado mes de octubre se celebró un nuevo encuentro de Juezas, Secretarías Judiciales y Abogadas (lo decimos así, no porque no asistiesen profesionales del sexo masculino, sino porque el sexo femenino era mayoritario) para debatir cuestiones de actualidad en materia de derecho de familia. En unas de las ponencias se trató el nuevo régimen jurídico impuesto en materia de guarda y custodia por las distintas leyes autonómicas, poniéndose de manifiesto las enormes diferencias existentes entre estas novedosas normativas y la legislación nacional o común, sin que realmente llegásemos a comprender qué justificaba ese distinto tratamiento de las medidas a adoptar en los casos de crisis de parejas dependiendo de la comunidad autónoma donde residiesen. Muchos coincidimos en que finalmente la oportunidad política era la única que guiaba la promulgación en cascada de estas leyes, pues en el Estado de las autonomías parece que hay que aspirar a ser distinto a los demás, y claro, no se puede poner en duda que los antepasados de los aragoneses y valencianos, antes de que el Estado totalitario cercenase sus derechos, cuando terminaban en las relaciones de pareja la custodia de los hijos siempre era compartida, al contrario de lo que pasaba, por ejemplo, en Andalucía, Castilla, Extremadura o en Galicia, donde parece ser que los padres no estaban preparados para asumir las funciones de la custodia.

No vamos a entrar en la legalidad de las distintas leyes autonómicas que se han dictado en materia de derecho de familia, porque todos sabemos que existe una importante diferencia entre lo legal y lo políticamente legal, y cuando es políticamente legal sobra cualquier debate. Quien quiera ahondar en esta materia solo tiene que leerse el dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2011 emitido para apoyar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de la Comunidad Autónoma Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Como se reconoció en el citado informe, tras casi tres siglos de vigencia del Derecho civil común, a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el Derecho civil valenciano vigente es, como se ha dicho y ha reconocido el Tribunal Constitucional, de carácter consuetudinario, y recordaba ciertos contratos de venta de cosechas de cítricos como la venta a ull o per alfarrassada (venta a ojo), venta al peso o arrovat; el espigueo o espigolar; el herbatge; usos en materia de riegos y la jurisdicción especial del Tribunal de las Aguas, cuestiones como vemos muy afines a la custodia de los hijos. Quizás lo preocupante del informe y que hace reflexionar sobre tantas y tantas leyes aprobadas con anterioridad por los distintos parlamentos autonómicos es que, citando a la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional, puntualiza que la Constitución permite «que los derechos forales o especiales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino, también, la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni so-

bre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución (...) con el fin de garantizar, más bien, determinados derechos forales o especiales vigentes en ciertos territorios».

Con la agudeza jurídica que siempre le caracteriza, nuestro gran amigo y jurista de reconocido prestigio Francisco Vega Sala, catalán para más señas, puso sobre la mesa una cuestión de enorme trascendencia y que puede encender una luz de alarma para muchos políticos autonómicos: las leyes uniformes del Estado para que exista cierta sincronía en las legislaciones autonómicas en materia de derecho de familia. El sentido común nos indica que no hay por qué establecer discriminaciones entre las parejas que se divorcian en nuestro país en función del territorio donde residan, porque esa diferencia no la hubo en el pasado.

El Tribunal Supremo ha dictado con fecha 30 de septiembre de 2011 una Sentencia en la que confirma que la atribución del uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos menores y al progenitor con el que convivan, en este caso la madre. La peculiaridad del litigio es que el padre y propietario de la vivienda familiar en su escrito de contestación a la demanda hizo la siguiente petición de medidas: «Don José Francisco continuará en la vivienda de su propiedad; sita en esta Capital, y anexos, y D.^a Milagrosa pasará a residir, en régimen de alquiler, en otra vivienda de su elección, con plaza de garaje, de similares características a la antes referida que ha constituido vivienda familiar, siendo el costo del alquiler de dicha vivienda y plaza de garaje íntegramente de cuenta y cargo de Don José Francisco durante todo el tiempo que determine la Ley en función de los derechos que asisten a los hijos. A los fines de garantizar el cumplimiento puntual de la obligación de pago del alquiler que incumbe al Sr. José Francisco, éste ofrecerá Aval Bancario suficiente, mediante la constitución del correspondiente depósito, de tal forma que sea el Banco el que realice los pagos mensuales de la renta. Doña Milagrosa podrá, en cualquier momento, de ser ese su interés, retirar y hacer suyo el referido depósito, con la finalidad de aplicarlo a la compra de una vivienda y poner fin al régimen de arrendamiento». El Juzgado atribuyó a la madre y a los hijos el uso de la vivienda, pero la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife acogió la petición del padre. La madre interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia del Juzgado.

Razonaba en esta Sentencia nuestro alto tribunal que «La sentencia recurrida altera el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el art. 96.1 CC. En efecto, dispone que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagado por el padre tal y como se ha resumido en el FJ 1.º de esta misma sentencia. Ciertamente, es una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el Art. 96.1 LEC. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC».

Claro, si el anterior procedimiento se hubiese tramitado en Barcelona y no en Santa Cruz de Tenerife, hubiese sido de aplicación el art. 233-21 del Código Civil de Cataluña,

según el cual «la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos: (...) b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos».

Estamos muy seguros de que el padre y propietario de la vivienda que hizo un ofrecimiento sensato pensando en sus hijos, y que dejaba en manos de la ex esposa la elección de la vivienda en alquiler, cuyo pago afrontaría y garantizaría, hubiese estado encantado de que se hubiese aplicado la legislación catalana.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

MENORES, GUARDA COMPARTIDA Y PLAN DE PARENTALIDAD (ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CATALÁN).

Susana Navas Navarro 23

ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

Blanca Sillero Crovetto 57

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 97

Cuestiones penales 97

Se declara la nulidad del juicio que dio lugar a la sentencia condenatoria por un delito de abusos sexuales a una menor, al haberse impedido al condenado ejercitar su defensa con plenitud al no haber dispuesto de la posibilidad, ni en sede policial, ni en la fase sumarial, ni en el acto del juicio, de poder interrogar a la menor cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a la condena.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre 97

TRIBUNAL SUPREMO 106

Guarda y custodia 106

No procede modificar la custodia materna pues aunque el informe psicosocial y el Ministerio Fiscal estén a favor de la custodia compartida, el Juez no está vinculado por el contenido del informe, que solo debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. La condena del padre por una falta de amenazas y coacciones es sólo un elemento más para denegar la custodia compartida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de abril de 2011 106

	<u>Página</u>
Régimen de visitas	108
<p>Al haber sido el padre absuelto de la denuncia penal por un delito de exhibicionismo, se acuerda fijar un régimen de visitas progresivo que, pasado un año, se normalizará con fines de semana alternos y vacaciones escolares.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2011</i>	108
Vivienda familiar	111
<p>El Tribunal Supremo ratifica la doctrina jurisprudencial que considera precario la ocupación de la vivienda aunque la esposa e hijos tengan atribuido judicialmente el uso en un procedimiento matrimonial. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda de desahucio por precario.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2011</i>	111
<p>Se acuerda la resolución del contrato de arrendamiento y se reitera como doctrina jurisprudencial que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de marzo de 2011</i>	114
<p>El pago del préstamo de la hipoteca tras la separación no es una carga del matrimonio sino que constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2.º CC, por lo que su pago debe hacerse por mitad y no en función de los ingresos que tengan los cónyuges.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2011</i>	117
<p>Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios (la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja) procede dar por extinguido el derecho de uso. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la madre sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2011</i>	121
<p>La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, pues el art. 96.1 no contiene ninguna limitación mientras sigan siendo menores. El interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de abril de 2010</i>	124
<p>Existiendo hijos menores de edad, no puede limitarse el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011</i>	127

	<u>Página</u>
Regímenes económicos matrimoniales	130
<p>Se decreta la nulidad por simulación de las compraventas realizadas por el esposo en pago de una deuda que mantenía el matrimonio con sus padres, no apreciándose la caducidad al considerarse que se trata de un caso de nulidad absoluta. No es ilícita la prueba documental presentada por la esposa, consistente en una carta en la que remitente y destinatario son el cuñado y el esposo.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2011</i>	130
Cuestiones procesales	135
<p>La competencia para conocer del juicio verbal instado por el ex esposo reclamando a la esposa las pensiones alimenticias y compensatorias percibidas indebidamente tras dictarse la sentencia de modificación de medidas corresponde al juzgado que dictó la sentencia y no a aquel en el que tiene actualmente su domicilio la ex esposa.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 29 de marzo de 2011</i>	135
Pactos prematrimoniales	137
<p>Validez del contrato suscrito entre los cónyuges tras reconciliarse previendo las consecuencias económicas ante una futura crisis de la pareja en el que se fijaba a favor de la esposa una pensión mensual. Sin embargo, no se considera que el citado documento contenga una donación de un inmueble, sino solo una promesa de donación que además recae sobre un bien indeterminado lo que impide su validez.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2011</i>	137
Disposición de bienes de padres a hijos	143
<p>Se estima la acción subrogatoria del art. 1111 del CC interpuesta por un acreedor, y se declara que un inmueble cuya titularidad corresponde a las hijas pertenece a los padres al apreciarse la existencia de un negocio fiduciario.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2011</i>	143
<p>Validez del negocio fiduciario por el que los titulares formales de unas participaciones sociales deberían transmitir las a los hijos del matrimonio conforme fueran llegando a la mayoría de edad, lo que se instrumentó mediante una compraventa en escritura pública. Aunque no conste la donación de las participaciones por escrito, esta puede perfeccionarse de palabra.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011</i>	155
Derecho a la intimidad	161
<p>La atribución de infidelidades es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de un matrimonio y por ello se condena a unas presentadoras y a una productora de televisión a abonarles una indemnización de 50.000 euros para cada uno de los cónyuges.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2011</i>	161

Sucesiones	172
<p>La sustitución, tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido —hijo menor o incapaz— y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011</i>	172
<p>Validez del contrato de cesión de herencia llevado a efecto tras la muerte del causante y antes de ser declarada heredera.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de abril de 2011</i>	174
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	179
Guarda y custodia	179
<p>No puede establecerse la custodia compartida cuando la conflictividad entre los progenitores es muy alta, dicho régimen ha sido desaconsejado por el equipo técnico y no es beneficioso para los hijos alterar el <i>status quo</i> familiar, que se ha revelado adecuado para el correcto desarrollo de la personalidad de los menores.</p>	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 16 de junio de 2011</i>	179
Pensión compensatoria	181
<p>Estimándose el recurso extraordinario por infracción procesal se considera que la Audiencia ha efectuado una errónea valoración de la prueba al no tener en cuenta que la ex esposa percibía una pensión asistencial y que había dejado la vivienda en alquiler y comprado un inmueble en unión de su hija, siendo la cuota hipotecaria mucho menor que la renta que venía pagando. Valorando correctamente la prueba, se acuerda reducir la cuantía de la pensión compensatoria.</p>	
<i>TSJ Cataluña, Sentencia de 29 de junio de 2011</i>	181
Regímenes económicos matrimoniales	186
<p>No se cumplen los requisitos para el establecimiento de la compensación por extinción del régimen de separación de bienes, pues ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, y realmente la mayor dedicación en la atención de la hija común ha sido de la abuela materna. Por otro lado, no se ha acreditado el afirmado y notorio incremento patrimonial del esposo.</p>	
<i>TSJ Cataluña, Sentencia de 20 de junio de 2011</i>	186
<p>Tratándose de una vivienda unifamiliar con jardín, de más de 300 metros cuadrados construidos, contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa en modo alguno la dedicación de la esposa al cuidado de la casa y de los hijos durante los 17 años de matrimonio, siendo procedente por tanto fijar una compensación económica al extinguirse el régimen de separación de bienes.</p>	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de julio de 2011</i>	188

	<u>Página</u>
Procedimientos de menores	190
<p>Se estima el recurso por infracción procesal y se reponen las actuaciones al momento en el que fue denegada la prueba pericial solicitada por la madre biológica pues la misma estaba dirigida a que se comprobara su estado actual, circunstancia que debe tenerse en cuenta para decidir si se encuentra o no incurso en causa de privación de la patria potestad a los efectos de prestar el asentimiento a la adopción.</p>	
<i>TSJ Aragón, Sentencia de 5 de abril de 2011</i>	190
AUDIENCIAS PROVINCIALES	195
Separación, divorcio y nulidad	195
<p>De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 del CC es aplicable al presente supuesto la ley española, que es la ley de la residencia habitual común del matrimonio al tiempo de la presentación de la demanda. Por tanto, no puede ser de aplicación una institución ajena a nuestro ordenamiento jurídico, ni puede considerarse la dote islámica o acidaque como una consecuencia de la declaración de divorcio.</p>	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2011</i>	195
Patria potestad	195
<p>Se priva al padre de la patria potestad al ser condenado por un delito cometido sobre la hija de su pareja, al haber sido vividos los hechos por su propia hija que presenció episodios de violencia contra su propia madre y contra su actual pareja sentimental.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2011</i>	195
<p>Se acuerda la privación de la autoridad familiar al padre, que pasa a ser ejercida en exclusiva por la madre y con suspensión del sistema de visitas fijado a su favor, que no ha ejercido desde el año 2003, de tal forma que no se imponen visitas obligatorias al menor quedando éste en libertad para relacionarse con su padre en los momentos en que surja en el menor dicho deseo.</p>	
<i>AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2011</i>	197
Guarda y custodia	198
<p>Cuando la controversia sobre la custodia tiene lugar entre un progenitor y terceras personas (abuelos paternos o maternos y otros parientes del menor) la decisión judicial no puede tomar en consideración, de modo principal o único, las condiciones de uno y otro entorno para decantar las medidas en pro de la que se ofrezca más acorde a los intereses del menor, pues, sólo en casos excepcionales, puede excluirse a los progenitores de las funciones que les atribuye de modo primario la Ley.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	198
<p>Desde la separación de hecho el hijo ha estado mayoritariamente con la madre y no ha acreditado el padre que una custodia compartida garantice mayor estabilidad al</p>	

hijo, no siendo determinante que la madre trabaje y el padre no, pues cuando aquella realiza su actividad laboral es la abuela materna quien se encarga de la menor.	
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2011	200
La complicada situación de la salud de la hija (no habla y siempre tiene que estar en una silla de ruedas) es incompatible con la custodia compartida semanal que propone el padre.	
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011	202
El dato objetivo relativo a la convivencia entre dos personas del mismo sexo, que ya pueden contraer actualmente matrimonio, no puede ser causa que justifique la revisión de la custodia de los hijos, pues fácil es colegir que esta circunstancia personal y familiar de convivencia entre personas del mismo sexo, mediando o no matrimonio, en modo alguno se entiende que afecta negativamente, <i>a priori</i> , a la prole.	
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011	203
La alternativa de la custodia paterna presenta el inconveniente de ausencia de un proyecto de atención personalizada con la hija, toda vez que el padre parece delegar los cuidados y atención de ésta en otras personas.	
AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2011	204
Se desestima la demanda de modificación de medidas pues si bien ambos progenitores son adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia, no es factible la custodia compartida al existir disparidad de criterios en cuanto a los puntos clave de la educación de las menores, dado que estas precisan de unos límites más estrictos de los que el padre ofrece. Además la relación entre los progenitores es incompatible con la armonía que se precisa en una guarda y custodia compartida.	
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2011	204
La perito judicial, poniendo de relieve en varias ocasiones al Tribunal que la niña tiene carencias de la figura paterna (incluso pregunta si su padre ya no la quiere, llegó a decir la perito), consideró incluso insuficiente el régimen de visitas fijado por la Magistrada <i>a quo</i> , por lo que procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia de la hija menor.	
AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2011	206
La preferencia paterna en la custodia se basa en motivos de permisividad educativa y por ello no se accede al cambio de custodia.	
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2011	208
Régimen de visitas	209
No debe restringirse el régimen de visitas por el hecho de en el curso de las mismas otras personas auxilien al padre en el cuidado de sus hijos.	
AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011	209
Al haber sido la madre quien, de modo unilateral y a su conveniencia, decidió trasladar su domicilio y el de los menores a Santander, los inconvenientes de la	

	<u>Página</u>
distancia deben ser soportados en régimen de igualdad por los progenitores, por los que será la madre quien, finalizado el régimen, los recoja del domicilio paterno.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011</i>	209
El régimen de visitas se fijó en función de las circunstancias laborales del padre, bombero de profesión, por lo que aunque pueda entrañar ciertos inconvenientes no procede su modificación.	
<i>AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011</i>	210
Supresión de las visitas establecidas a favor de la abuela, pues las menores han manifestado de forma expresa su rechazo a comunicarse con ella y no de forma arbitraria o caprichosa —las menores impresionan por su madurez—, sino por la rememoración de las situaciones negativas vividas durante el tiempo que estuvieron bajo su guarda de su madre.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011</i>	211
El establecimiento de un sistema de visitas, entre el progenitor no custodio y los tres hijos comunes, de dos tardes intersemanales —martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas—, puede distorsionar el régimen de vida de los niños, dada la corta edad y repercutir negativamente en su rendimiento escolar y en la organización y distribución de sus tiempos de estudio y de juego.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2011</i>	212
Vivienda familiar	212
Es posible vía administración de bienes establecer pronunciamientos sobre el uso de la segunda residencia del matrimonio, y en este caso lo más conforme a derecho es otorgar la administración para su uso a cada litigante por años alternos.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2011</i>	212
En el procedimiento matrimonial no puede acordarse el uso de los bienes gananciales por años alternos a cada uno de los ex conyuges, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que tengan como partícipes de la comunidad post-matrimonial, en su caso, a dirimir en el proceso que corresponda.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	213
Si bien es cierto que en agosto de 2007 se produjo una desocupación de la vivienda familiar también lo es que fue con carácter transitorio y provisional tras el fallecimiento de la madre de la esposa y la necesidad de cuidado, atención y apoyo a su padre de 77 años de edad que sufrió una fuerte depresión, sin que en ningún caso se constate una voluntad de abandonar definitivamente la vivienda.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2011</i>	214
No se accede a la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar ya que si bien la esposa solo la utiliza durante los fines de semana y vacaciones, este era el mismo uso que se hacía cuando surgió la crisis de la pareja ya que aquella, por motivos laborales, debe residir durante la semana en otra vivienda.	
<i>AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011</i>	215

Debiendo fijarse un límite a la atribución del uso de la vivienda familiar se establece hasta que el hijo cumpla 25 años.	
<i>AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011</i>	215
La asignación de la vivienda a su propietario en modo alguno supone desproteger los derechos de la menor que tiene cubiertas sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre sin que tal medida suponga infracción de clase alguna de lo dispuesto en el artículo 96 del CC.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011</i>	216
No se atribuye a la madre el uso de la vivienda toda vez que el padre, antes del inicio de la relación, ya residía en la misma en unión de otro hijo menor fruto de una anterior relación.	
<i>AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2011</i>	218
Pensión alimenticia	218
La llegada de un nuevo hijo, producto de una relación posterior, es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para modificar la pensión alimenticia, por cuanto que todos los hijos son beneficiarios de la obligación legal de prestar alimentos que el padre tiene, la cual goza incluso de respaldo constitucional.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2011</i>	218
La determinación del número de personas que convivan en el domicilio de la madre, o el hecho de que esta tenga una relación sentimental con otra persona, no puede tener relevancia para la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	220
No constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores.	
<i>AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 27 de mayo de 2011</i>	221
Aunque puede resultar cierto, dado en el ramo donde trabaja, que el padre reciba ingresos opacos, ello no puede alcanzar la categoría de presunción a los efectos de aplicación del art. 386 LEC ante la no constancia en autos de signos externos de riqueza.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	221
Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia debe acudirse a los signos externos de riqueza del periodo inmediatamente anterior a la ruptura, que evidencia un nivel de vida y una capacidad económica que no puede borrarse tan fácilmente.	
<i>AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2011</i>	222
Pensión compensatoria	224
No se fija pensión compensatoria, pues si en el momento actual existieran diferencias entre los consortes, de carácter económico, no son causa de la ruptura, ni atribuibles al matrimonio o al esposo, sino a factores por completo independientes	

	<u>Página</u>
y ajenos a la coyuntura familiar, dependiendo de las características concretas del sector elegido, o del puesto de trabajo, o del azar, o de la propia actitud y esfuerzo que se demuestre en desarrollarlo, por lo que no es de recibo hacer correr estas consecuencias a cargo del marido.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	224
Ya que la capacidad de trabajo de la esposa se ha mantenido intacta a lo largo del matrimonio, sin que se haya visto mermada en modo alguno por la dedicación a la familia, el divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral y en consecuencia no puede estimarse acreditada la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges derivada de la ruptura matrimonial.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2011</i>	226
No se considera relevante para extinguir la pensión compensatoria que la esposa haya recibido por herencia un inmueble ni que haya adquirido otro, pues no consta ni la cantidad supuestamente percibida por vía hereditaria ni la manera de hacer frente a la nueva adquisición inmobiliaria por parte de aquella.	
<i>AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011</i>	227
Habiendo variado la situación de precariedad en el empleo de la ex esposa pues goza de cierta estabilidad se declara extinguida la pensión compensatoria.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011</i>	227
El mero dato de haber adquirido conjuntamente una vivienda no supone que la ex esposa conviva en la misma junto con un tercero (no se ha aportado certificado de empadronamiento de ambos en la citada vivienda, ni ningún otro elemento probatorio que lo acredite, como podría ser la testifical de personas que avalasen dicha convivencia), sino que dicha adquisición puede obedecer a distintos motivos.	
<i>AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011</i>	228
La enfermedad que padece la esposa, a pesar de su juventud, es un serio obstáculo para encontrar trabajo y por ello no puede fijarse limitación temporal a la pensión compensatoria.	
<i>AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2011</i>	229
Estando pendiente de resolverse en el procedimiento de liquidación del consorcio conyugal si la farmacia es ganancial o privativa, no se fija por ahora limitación temporal a la pensión compensatoria, sin perjuicio de que el resultado de aquella liquidación pueda dar lugar a una demanda de modificación de medidas.	
<i>AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2011</i>	231
Convenio regulador	233
Si bien es cierto que la esposa ha sufrido trastornos mentales que no llegaron a constituirle en incapacidad, no se ha demostrado que al suscribir el convenio se hallase en un estado tal que le era imposible conocer el alcance del documento que suscribía, por lo que debe desestimarse la acción en la que solicitaba la nulidad del convenio regulador.	
<i>AP Teruel, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011</i>	233

	<u>Página</u>
Cuestiones procesales	235
Se revoca la resolución del juzgado que inadmitió a trámite una demanda de divorcio de dos ecuatorianos por no acreditarse la ley ecuatoriana aplicable en base al art. 107 del CC.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de mayo de 2011</i>	235
No se fijan litis expensas puesto que la esposa cuenta con ingresos propios y ha accedido al haber ganancial, habiéndose repartido los litigantes los ahorros dinerarios de carácter ganancial, adjudicándose a la esposa la cantidad de 9.279,82 euros.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	236
No es obstáculo para eliminar la aprobación del convenio regulador que contenga la liquidación de una comunidad de bienes, ya que los cónyuges estaban casados bajo el régimen de separación de bienes.	
<i>AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2011</i>	236
Teniendo competencia para conocer del procedimiento civil el Juzgado de Violencia cuando se presentó la demanda, es intrascendente que al momento de dictarse el auto de admisión en el que al mismo tiempo acordó la inhibición ya careciese de la misma al haberse cumplido la pena impuesta en el procedimiento penal.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 24 de mayo de 2011</i>	238
La petición de pensión alimenticia para la hija mayor de edad realizada por la parte demandada debía haber sido formulada a través de reconvenición, pues ni en el suplico de la demanda, ni en sus fundamentos de derecho, había posicionamiento en relación a esta pensión, y dada su mayoría de edad no era una medida que hubiera de adoptar de oficio el órgano jurisdiccional.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011</i>	239
Ejecución de sentencia	241
Ineficacia de la cláusula en la que el esposo se compromete a realizar gestiones ante la entidad BBK para que en lo sucesivo figure el mismo ante dicha entidad bancaria como único y exclusivo titular del crédito hipotecario, ya que no se previó la forzosa intervención de un tercero ajeno al convenio.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 30 de mayo de 2011</i>	241
Se condena a la esposa a devolver al esposo las cantidades percibidas hasta la fecha de la sentencia de apelación en concepto de pensión compensatoria.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011</i>	242
No procede embargar la cantidad que percibe el ex esposo como subsidio de paro al no tratarse de una deuda alimenticia, pues en su mayor parte obedece a la mitad de las cuotas hipotecarias de la vivienda que también debía abonar el ejecutado.	
<i>AP Almería, Sec. 2.ª, Auto de 23 de mayo de 2011</i>	242

	<u>Página</u>
Se desestima la demanda de ejecución, ya que en el convenio regulador no se pactó la venta del inmueble, sino tan solo se fijaron las condiciones del destino del importe de la venta, en el caso, hipotético, de que se procediera a su enajenación.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 20 de mayo de 2011</i>	243
Es posible que el ex esposo haya pagado alimentos que no debía a partir del momento en que uno de sus hijos ha encontrado trabajo y gana un sueldo; y que haya ingresado en las cuentas de sus hijos las cantidades que dice; pero nada de eso puede oponerse a la ejecución por el impago de las actualizaciones de la pensión compensatoria.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 13 de mayo de 2011</i>	244
Regímenes económicos	245
Nulidad de lo actuado en la liquidación de la sociedad de gananciales dado que, habiendo solicitado la ex esposa la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio, la falta de justificación ante el Juzgado de la presentación de la solicitud, sin haberse fijado además un plazo para ello, no puede llevar sin más a tenerla por conforme con la liquidación presentada por la parte contraria.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de mayo de 2011</i>	245
Para calcular el valor de la vivienda a efectos de determinar el porcentaje ganancial debe incluirse el IVA que abonó la ex esposa antes de contraerse el matrimonio.	
<i>AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2011</i>	246
La indemnización cobrada por el esposo en virtud de la rescisión del contrato laboral en la empresa donde trabajaba debe ser considerada como ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo, que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio. Todo ello sin perjuicio de adicionar o complementar a la liquidación ganancial lo que el esposo hubiere de abonar por la correspondiente contribución al Sistema de Seguridad Social alemán y al pago de impuestos preceptivos.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011</i>	247
Si en un convenio regulador extrajudicial se reconoció el carácter privativo de unos bienes no puede pretenderse su inclusión en el inventario en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011</i>	249
Carácter privativo del derecho de usufructo de un inmueble aunque tal derecho se haya constituido constante el matrimonio.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011</i>	250
Procedimientos de menores	251
Aunque se considere necesario el asentimiento de la madre biológica por no estar incurso en causa de privación de la patria potestad, ello no impide que en interés de la menor pueda constituirse la adopción.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 26 de mayo de 2011</i>	251

Se revoca la resolución administrativa que declaró a la actora no idónea para acceder a la adopción internacional pues reúne todos los requisitos para ello y que han quedado patentes en el informe pericial presentado por la solicitante que contradice el elaborado por la entidad pública.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011 252

La madre no juega con sus hijos, no habla con ellos, no se interesa por su vida, por su evolución en el colegio, etc., les trata como bebés, a pesar de la edad que ya tienen. Con ello demuestra que prima sus propias necesidades afectivas sobre las necesidades de otros tipos de los menores y demuestra que desconoce las necesidades que las distintas etapas evolutivas de sus hijos precisan, por lo que se desestima su oposición a la declaración de desamparo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2011 255

Filiación 257

Se adopta como medida cautelar en un procedimiento de reclamación de paternidad la prohibición de que la menor salga del territorio nacional salvo autorización judicial y con vigencia hasta la sentencia que determine filiación paterna.

AP Vizcaya, Sec. 3.ª, Auto de 9 de mayo de 2011 257

Uniones de hecho 258

No caben litis expensas entre personas que conviven sin haber contraído matrimonio.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011 258

Se fija una indemnización por enriquecimiento injusto al cese de la convivencia de pareja que se prolongó durante nueve años por importe de 125.000 euros, ateniendo a lo tardío en el inicio de la relación estable que habría posibilitado, si la conviviente lo hubiese querido, el aumento de su formación o sus posibilidades laborales.

AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2011 258

Otras cuestiones 261

La persona adecuada para desempeñar el cargo de tutor de la declarada incapaz es la Fundación Nuestra Señora de los Ángeles, y no su hermana, que no mantenía ningún tipo de relación con ella desde hacía muchos años. Es más, desconocía la enfermedad mental de alzheimer que padece su hermana y que le había llevado a un tipo de vida de práctica indigencia.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2011 261

JUZGADOS DE LO PENAL 263

Cuestiones penales 263

Se condena a la esposa por la acusación y denuncia falsa contra su ex marido, y por la presentación de testigos falsos a la pena de un año y seis meses de prisión,

fijándose una indemnización de 8.000 euros por daño moral. Igualmente se condena a los padres de la esposa por falso testimonio a la pena de seis meses de prisión. <i>Juzgado de lo Penal n.º 1 de Granada, Sentencia de 19 de julio de 2011</i>	263
--	-----

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Convenio regulador	271
Se deniega la inscripción de un convenio regulador que contiene la liquidación de gananciales en la que la esposa se adjudicaba un bien privativo del esposo aportado por este a la sociedad, al no constar la causa de la aportación (onerosa o gratuita) unido a la limitación de contenido que puede tener el convenio regulador. <i>DGRN, Resolución de 13 de junio de 2011</i>	271
Vivienda familiar	273
El derecho de uso, ya sea mediante comodato o precario, tiene vedada su inscripción en el Registro de la Propiedad, por ser un derecho personal no asegurado especialmente. <i>DGRN, Resolución de 15 de julio de 2011</i>	273
Regímenes económicos matrimoniales	274
Habiendo adquirido el inmueble el esposo en documento privado, para poder elevarlo a público a nombre exclusivo de la esposa, que se lo adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, además de acreditar documentalmente dicha adjudicación y que existía matrimonio a la fecha de la compra, será preciso que la escritura pública sea otorgada o ratificada por el esposo. <i>DGRN, Resolución de 16 de julio de 2011</i>	274
Sucesiones	276
La negativa a inscribir una anotación de embargo contra bienes propiedad de la herencia yacente por la falta de intervención de un defensor judicial debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. <i>DGRN, Resolución de 9 de julio de 2011</i>	276

SECCIÓN PRÁCTICA

LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS	283
CASOS PRÁCTICOS	293

TRIBUNA ABIERTA

EL DIVORCIO EN LA ESCUELA.

Ángel Luis Campo Izquierdo 301

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS 307

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Guarda y custodia	313
Régimen de visitas	314
Vivienda y ajuar familiar	315
Pensión alimenticia	316
Pensión compensatoria	317
Cuestiones procesales	317
Ejecución de sentencias	318
Convenio regulador	319
Regímenes económicos matrimoniales	319
Procedimientos de menores	320
Filiación	320
Uniones de hecho	320
Sucesiones	321
Cuestiones penales	321
Otras cuestiones	321

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

MENORES, GUARDA COMPARTIDA Y PLAN DE PARENTALIDAD (ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CATALÁN)*

SUSANA NAVAS NAVARRO

*Catedrática de derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona*

RESUMEN

Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (Especial referencia al Derecho catalán)

En el presente trabajo se analiza el ejercicio de la potestad parental tras la crisis matrimonial o la extinción de la unión estable de pareja distinguiendo entre «potestad parental» y «responsabilidad parental». Se estudia el papel de la autonomía de la voluntad de los padres a la hora de determinar el tipo de guarda respecto de sus hijos distinguiendo tres supuestos: el convenio regulador, los acuerdos adoptados en previsión de una futura ruptura de la relación y los pactos amistosos de separación. El plan de parentalidad ocupa un lugar relevante en este estudio en el que se destaca la procedencia de la figura. No se olvidan los derechos del menor en relación con todos los extremos analizados. Se concluye con una serie de reflexiones finales dirigidas al legislador catalán (también al legislador español) en el sentido de repensar tanto la guarda compartida como el plan de parentalidad.

Palabras clave: menores, guarda compartida, plan de parentalidad, separación, divorcio, patria potestad.

ABSTRACT

Minors, shared custody and parenting plan (Special reference to Catalan Law)

The current work analyzes the exercise of the parental authority after a matrimonial crisis or the extinction of the stable couple union distinguishing between «parental authority» and «parental responsibility». It studies the role of the autonomy of the will of the parents when determining the type of custody with regard to their children by distinguishing three suppositions: the settlement agreement, the agreements adopted considering a future rupture of the amicable settlements of separation. The parental plan has an outstanding position in this study which stands out the origin of the figure. It does not forget the minor's rights in connection with all the points analyzed. It concludes with a series of final reflections targeted to the Catalan legislator in the sense of rethinking both the shared custody and the parental plan.

Key words: minors, shared custody, parental plan, separation, divorce, parental authority.

SUMARIO

- I. EL DEBER DE CONVIVENCIA DE LOS PADRES CON SUS HIJOS MENORES DE EDAD MÁS ALLÁ DE LA CRISIS MATRIMONIAL O DE LA EXTINCIÓN DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA.

* Este estudio, que deriva de una conferencia dada en el curso organizado por la Prof. CRISTINA GUILARTE, en la Universidad de Valladolid y que llevaba por título «Los hijos y el conflicto parental» (mayo 2011), se inserta en el programa de trabajo del «Grup de dret civil català 2009SGR221» y en el Proyecto de investigación DER2010-17949.

II. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O LA EXTINGCIÓN DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA.

1. **El doble contenido del ejercicio de la patria potestad. La dirección de la familia.**
2. **El ejercicio del contenido de la patria potestad tras la crisis matrimonial o la extinción de la convivencia estable en pareja. La guarda compartida como modelo. Críticas.**
 - A) La distinción entre «potestad parental» y «responsabilidades parentales».
 - B) La determinación de la guarda por los padres. La autonomía de la voluntad.
 - C) La determinación por la autoridad judicial. Criterios.

III. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE PADRES NO CASADOS NI CONVIVIENTES.

IV. PLAN DE PARENTALIDAD.

1. **Propuesta de plan de parentalidad.**
2. **Contenido del plan de parentalidad y facultad de decisión individual.**

V. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR. SU REPRESENTACIÓN POR UN TERCERO INDEPENDIENTE.

VI. REFLEXIONES FINALES.

I. EL DEBER DE CONVIVENCIA DE LOS PADRES CON SUS HIJOS MENORES DE EDAD MÁS ALLÁ DE LA CRISIS MATRIMONIAL O DE LA EXTINGCIÓN DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA

Uno de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad —o «potestad parental»⁽¹⁾, como la denomina ahora el legislador catalán (arts. 236-1 ss. CCC⁽²⁾)— es el *deber de convivencia* de los padres (art. 154 CC, el cual no alude de modo expreso a este deber pero debe entenderse implícito al establecer el deber de los padres respecto de los hijos de «tenerlos en su compañía», art. 236-17.1 CCC, para el derecho catalán) —o «progenitores», como los denomina el legislador catalán a raíz de la modificación del Código Civil (=CC) para admitir el matrimonio homosexual que tuvo lugar por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁽³⁾ y

(1) Se ha propuesto la expresión «autoridad parental» o «responsabilidad parental» como alternativa a la de «patria potestad» de los arts. 154 ss. CCE (GARCÍA RUBIO, M.ª Paz / OTERO CRESPO, Marta, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», <<http://www.custodiareponsable.org>>). El derecho catalán también ha conocido la expresión «potestat del pare i de la mare» que se introdujo, por primera vez, mediante la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestat del pare i de la mare (DOGC núm. 2238, de 2 de octubre de 1996). El Codi de Família (=CF) mantuvo la terminología. Por mi parte, a lo largo de la exposición emplearé, por comodidad, la terminología tradicional «patria potestad».

(2) El Codi Civil de Catalunya será abreviado con las siglas «CCC».

(3) BOE núm. 157, de 2 de julio.

que supuso, a su vez, la modificación del CF mediante la Ley 3/2005, de 8 de abril⁽⁴⁾, de diferentes preceptos tanto del CF como de la Ley 10/1998, sobre uniones estables de pareja (=LUEP) y del Código de Sucesiones (=CS), entre los cuales destacan los relativos a la adopción por una pareja homosexual— con sus hijos menores de edad o mayores incapacitados en caso de prórroga o rehabilitación de la patria potestad (art. 236-1 CCC, art. 171 CCE). Este deber es uno de los varios deberes que forman parte de la relación paterno-filial. Los referidos deberes junto con las facultades que corresponden a los titulares de la patria potestad que, además, sean ejercientes de la misma⁽⁵⁾, y los derechos y deberes que corresponden al hijo menor de edad o mayor incapacitado, constituyen el contenido de la relación paterno-filial.

Este deber de convivencia también existe en la relación conyugal (art. 68 CC: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos...»). En el derecho catalán, el art. 231-2.1 CCC («el matrimoni estableix un vincle jurídic entre dues persones que origina una comunitat de vida en la qual els cònjuges han de respectar-se, actuar en interès de la família, guardar-se lleialtat, ajudar-se i prestar-se socors mutu»), como su antecesor, el art. 3 CF, no contempla el deber de convivencia de los cónyuges. Sin embargo, la doctrina considera que el cumplimiento de los otros deberes conyugales así como la existencia de un domicilio familiar⁽⁶⁾ (art. 231-3 CCC) implica la existencia de aquel deber⁽⁷⁾.

Ahora bien, el deber de convivencia, tanto en un caso como en otro, es un deber legal—la convivencia es un concepto legal—, lo que supone que es independiente de cómo se lleve a cabo dicha convivencia, desde un punto de vista fáctico, de cómo materialmente se realice. Es independiente de la «residencia». Éste es un concepto material⁽⁸⁾. Por eso, puede no existir convivencia, aunque los cónyuges o convivientes⁽⁹⁾ residan en la misma vivienda. Y, a la inversa, puede existir convivencia entre ellos, aunque no residan siempre en la misma vivienda⁽¹⁰⁾. En el caso de los hijos, éstos pueden residir en un lugar diferente del domicilio familiar y, consiguientemente, no hay residencia habitual con los padres pero sí, en cambio, convivencia o, incluso, que se fijen varios lugares de residencia habitual para los hijos (art. 236-17.2 CCC).

(4) DOGC núm. 4366, de 19 de abril.

(5) Como es conocido, a pesar de haber sido privado del ejercicio de la patria potestad, los hijos tienen derecho a seguir relacionándose con sus progenitores (art. 110 CC, art. 236-4.1 CCC).

(6) El derecho catalán no hace referencia al «domicilio conyugal» como, en cambio, sí hace el art. 70 CC.

(7) SALVADOR CODERCH, Pablo / RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, «Comentari a l'art. 1 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER I RIBA, Josep, *Comentaris al Codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 62.

(8) ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 36-37.

(9) Precisamente, en sede de convivencia estable en pareja, se pone especialmente de relieve la distinción que hacemos en el texto, para el derecho catalán, en el art. 234-1 CCC.

(10) Mis reflexiones respecto a la noción de «convivencia» en la actualidad pueden verse en NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro II CCC, relativo a la persona y la familia», en NASARRE AZNAR, Sergio / BARRADA ORELLANA, Reyes / GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 656-658.

El deber de convivencia entre padres e hijos y el deber de convivencia entre cónyuges o convivientes, esto es, relación paterno-filial y relación conyugal, son independientes, aunque ambas tengan su sede, normalmente, en la misma vivienda familiar sede del domicilio también familiar. Acaecida una crisis matrimonial (separación judicial, nulidad, divorcio o extinción de la convivencia estable en pareja), la relación conyugal o convivencial⁽¹¹⁾ se extingue y con ella el deber «legal» de convivencia. Sin embargo, el deber «legal» de convivencia de los cónyuges, ex cónyuges o ex convivientes que sean padres respecto de sus hijos menores de edad o mayores incapacitados permanece inalterado, independientemente de cómo, desde un punto de vista fáctico o material, se cumpla, lo cual variará de padre a padre y de familia a familia. El deber «legal» de convivencia es presupuesto del cumplimiento de otros deberes tales como el deber de educar, de crianza, de velar por ellos o de formación integral (art. 154 CC, art. 236-17 CCC).

Son, por tanto, dos relaciones jurídicas que deben mantenerse independientes antes, durante y después de una crisis matrimonial o de la extinción de la convivencia estable en pareja. Es más, puede ser que no exista crisis matrimonial o extinción de la convivencia estable porque sencillamente los padres no hayan tenido nunca esa relación y, por tanto, mantengan vidas separadas. Acaecida la aludida crisis o extinción, el deber «legal» de convivencia de los padres respecto de los hijos subsiste inalterado para ambos, titulares y ejercientes de la patria potestad. La crisis matrimonial afectará al aspecto material de este deber «legal» de convivencia, a los actos que se lleven a cabo en orden a su cumplimiento. Si el contenido de la patria potestad sigue existiendo para ambos padres, a pesar de la crisis matrimonial, quiere ello decir que el ejercicio de la patria potestad, que era conjunto, antes de la crisis matrimonial, sigue siéndolo durante y después de ésta, cuando la relación conyugal o convivencial se haya extinguido.

II. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O LA EXTINCIÓN DE LA CONVIVENCIA ESTABLE EN PAREJA

De entrada, hay que destacar que el legislador catalán ha regulado básicamente el régimen aplicable a la extinción de la convivencia estable y ha establecido tan solo tres reglas que deben regir el régimen durante la convivencia (art. 234-3 CCC). A saber, que la convivencia se regula por los pactos que los convivientes hubieran establecido, que a la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar en caso de convivencia estable es de aplicación el art. 231-9 CCC y, en último término, que los convivientes pueden hacer adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia (arts. 231-15 a 231-18 CCC), recogiendo así la tesis ya asentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 13 de febrero de 2003⁽¹²⁾.

Respecto de la extinción, a los efectos de lo que nos interesa, debe remarcarse que el art. 234-7 CCC se remite en materia de guarda y relaciones personales de los menores a los arts. 233-8 a 233-13 CCC, que son los preceptos que se refieren a las medidas a adoptar

(11) El art. 234-1 CCC define la relación entre convivientes como «análoga a la matrimonial».

(12) RJC 2003/4576.

en relación con el cuidado de los hijos en caso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial. Luego, tanto a la crisis de pareja como a la crisis matrimonial se aplican, en el derecho catalán, respecto de los hijos comunes menores de edad, las mismas normas jurídicas⁽¹³⁾. De ahí nuestra equiparación a lo largo de esta exposición.

Junto a estas dos hipótesis —crisis matrimonial y de la convivencia estable— hay una tercera hipótesis que consiste en la situación jurídica de los menores hijos comunes cuando los padres llevan vida separada porque nunca fueron cónyuges ni convivientes o estaban separados de hecho (art. 156.5 CCE, art. 236-11 CCC), que referiremos en un epígrafe independiente⁽¹⁴⁾.

1. El doble contenido del ejercicio de la patria potestad. La dirección de la familia

El ejercicio de la patria potestad pertenece, como regla general, a ambos padres (arts. 154 CC, 236-1 CCC), salvo que éstos acuerden otra modalidad de ejercicio, es decir, el ejercicio exclusivo por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 236-9.2 CCC⁽¹⁵⁾) o se distribuyan las funciones (art. 236-9.1 CCC) entre ellos, o las leyes (v. gr., cuando se ha dictado una sentencia firme contra uno de los padres por actos de violencia familiar, la ley impide que se atribuya la guarda de los menores a ese padre, *ex art.* 233-11.3 CCC o, en casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro padre, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa, art. 236-10 CCC) o la autoridad judicial dispongan otra cosa (v. gr. atribuir temporalmente la guarda del menor a los abuelos o a otra persona, *arg. ex art.* 233-10.4 CCC). Los padres pueden configurar el ejercicio de la patria potestad, en virtud de la autonomía de su voluntad, como consideren para el mejor funcionamiento de la misma, si bien el principio inspirador de su actuación que, a su vez, se constituye en límite de la misma es el bienestar e interés del menor. En este sentido, el art. 211-6.1 CCC advierte de que «L'interès superior del menor és el principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti»⁽¹⁶⁾ (art. 5.1 Ley 14/2010, de 27 de mayo, *dels drets i oportunitats en la infància i l'adolescència*)⁽¹⁷⁾.

El ejercicio de la patria potestad es un concepto legal (se correspondería con la denominada «legal custody» en el *Common Law*⁽¹⁸⁾) que comprende toda una serie de actuaciones

(13) Actualmente, son más las uniones de pareja que se extinguen que matrimonios que se separan o divorcian y, por tanto, hay un número mayor de menores que sufren la separación de sus padres no casados entre sí (LAING, Karen, «Doing the right thing: cohabiting parents, separation and child contact», *20 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, pp. 169-180; en el mismo sentido, MANNING, Wendy D. / SMOCK, Pamela J. / MAJUMDAR, Debarun, «The relative stability of cohabiting and marital unions for children», *23 Population Research and Policy Review*, 2004, pp. 135-159).

(14) Vid. epígrafe III.

(15) Los padres pueden otorgarse toda clase de poderes entre sí. Los poderes pueden ser generales o especiales, aunque revocables en todo momento. Los generales deben otorgarse en escritura pública y la revocación debe hacerse mediante una notificación notarial (art. 236-9.2 CCC).

(16) En otro lugar he tenido oportunidad de criticar la perspectiva en que este principio está formulado en las leyes (NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas», pp. 618-627).

(17) DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010. Esta ley será abreviada como «LDOIA».

(18) Puede destacarse la sección 3003 del *Family Code* de California que la define del siguiente modo: «joint legal custody means that both parents shall share the right and the responsibility to make the decisions relating to

tanto jurídicas como materiales⁽¹⁹⁾ (esta sería la «physical custody» del *Common Law*⁽²⁰⁾). Como concepto legal, una vez fijado, el ejercicio conjunto de la misma, se independiza de la realización de su contenido, de cuál de los padres lo lleve a cabo y de cómo lo lleve a cabo, siempre que sea en beneficio del menor (art. 236-2 CCC)⁽²¹⁾, si bien los terceros podrán demandar a ambos padres sobre la base del ejercicio conjunto (v. gr. art. 236-8.2 letra a CCC). La actuación del contenido de la patria potestad queda a la decisión de los padres y, por supuesto, a la participación del menor en función de su capacidad natural de querer y entender (art. 211-3.1 CCC). De hecho, el propio legislador asume que, aunque exista un ejercicio conjunto de la patria potestad, la actuación concreta del contenido de la misma no siempre se ejecuta conjuntamente, sino que es muy frecuente que se lleve a cabo por uno solo de los padres. Dicho con otras palabras, el ejercicio conjunto de la patria potestad no impide la legitimación individual de cada padre para realizar determinadas actuaciones que pueden afectar tanto a la esfera personal como patrimonial del menor. Así, por ejemplo, el propio legislador reconoce que los actos que sean conformes con el uso social, las circunstancias familiares o que sean de carácter urgente los puede llevar a cabo indistintamente cualquiera de los progenitores⁽²²⁾ (art. 236-8.2 letra c CCC). Incluso el propio legislador establece que son actos que «normalmente hace una persona sola». En la práctica, estos actos suelen referirse a asuntos de la vida diaria cotidiana del menor (arg. *ex* art. 236-14.1 CCC) que se caracterizan por ser heterogéneos y genéricos.

Luego, aunque el ejercicio conjunto de la patria potestad pertenece a ambos padres (art. 154 CC, art. 236-1 CCC), hay que diferenciar, en su contenido, las actuaciones jurídicas de las actuaciones materiales o medios a través de los cuales se ejercita o se actúa la patria potestad. El ejercicio de la patria potestad comprende ambos tipos de actuaciones⁽²³⁾. Las primeras suponen legitimación para actuar con eficacia jurídica, normalmente, a través de la celebración de negocios jurídicos que pueden suponer o no la adquisición de derechos para el propio menor, en cuyo caso se dará la representación legal de los hijos menores por

the health, education, and welfare of a child» (<<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=02001-03000&file=3000-3007>>. Fecha de consulta: mayo de 2011).

(19) Con la expresión «actuación» no nos estamos refiriendo a un acto aislado concreto y que, por tanto, tiene carácter excepcional, sino al conjunto de actos materiales que llevan a cabo los padres para hacer efectivo, para ejercitar, el contenido de la patria potestad (en el primer sentido referido, vid. LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 30 ss.).

(20) Así, por ejemplo, en el *Family Code* de California, la sección 3004 define lo que significa «joint physical custody»: «means that each of the parents shall have significant periods of physical custody. Joint physical custody shall be shared by the parents in such a way so as to assure a child of frequent and continuing contact with both parents» (<<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=02001-03000&file=3000-3007>>. Fecha de consulta: mayo 2011).

(21) También establece esta distinción GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 135 y 141. De la misma autora, vid. «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret* 2/2008, <<http://www.indret.com>>.

(22) Sobre esta actuación individual, vid. BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de Família»*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 54-55.

(23) BADOSA COLL, Ferran, «La potestad del pare i de la mare», en HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso / VILLAGRASA ALCALDE, Carlos (coord.), *El Codi de Família i la Llei d'unions estables de parella*, Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 320-321.

los padres; mientras que las segundas, las actuaciones materiales, se refieren a los actos en los que se materializa ese ejercicio en relación con el cuidado, crianza, alimentos, educación o la formación integral del menor, esto es, con la «guarda» del menor cuyo presupuesto es la «convivencia» en cuanto deber «legal» antes referido.

Estas actuaciones (tanto jurídicas como materiales) pueden llevarse a cabo por ambos padres conjuntamente o de forma indistinta por cualquiera de ellos, como hemos advertido en líneas superiores. Si se refieren a actos de administración ordinaria, frente a terceros, se presume que el padre que actúa cuenta con el consentimiento del otro; si, en cambio, se trata de actos de administración extraordinaria se requiere el consentimiento expreso del otro ejerciente de la patria potestad (art. 236-8.2 letra b CCC). En caso de que las actuaciones sean llevadas a cabo por alguno de los padres, puede ser que éstos intervengan individualmente en la misma medida, o que determinado grupo de actos los lleve siempre a cabo un padre concreto, o que todos los actos sean ejecutados por el mismo padre. Esto dependerá de cómo los padres (cónyuges o convivientes) «organicen» la familia en virtud de su poder de dirección de la misma (art. 231-4 CCC). Dentro de esta «organización», como en cualquier otra organización formada por una pluralidad de personas, existe una división de funciones que corresponden a unas y a otras y que legitima la actuación y la decisión individual en el ámbito propio de actuación. En relación con los menores, los padres tienen un «plan de parentalidad» implícito, no escrito, que van adaptando según van cambiando las circunstancias familiares y, en particular, las de los menores a su cargo. Esta «organización» es tan diversa como diversos son los «hechos familiares» (art. 231-1 CCC) y dependerá de la educación, valores, hábitos, roles asumidos y modos de vida de los padres cónyuges o convivientes que dirigen la vida familiar. Ellos tienen el deber de proporcionar a los hijos una formación integral de acuerdo con el desarrollo de su personalidad (arts. 236-17.1 y 236-2 CCC, 10 CE).

En definitiva, el ejercicio conjunto de la patria potestad no impide —ni deja de ser tal— por la actuación (material y jurídica) individual de cualquiera de los padres, antes bien, es necesaria para el correcto desarrollo de esa función inexcusable que representa la patria potestad (art. 236-2 CCC). Actuación individual no significa actuación «arbitraria» puesto que debe ir presidida por el interés del menor y, además, existe un «deber de informar» al otro padre (art. 236-12 CCC), que puede estar en desacuerdo y, consiguientemente, acudir a la autoridad judicial (art. 236-13 CCC)⁽²⁴⁾. Por tanto, es una actuación individual sujeta a control: del otro padre, de la autoridad judicial y del propio menor.

(24) El art. 236-13 CCC prevé dos tipos de desacuerdos entre los padres: el ocasional y el reiterado. El primero conlleva que la autoridad judicial atribuya la facultad de decidir a uno de ellos. Atribución que se refiere a ese caso concreto y no con carácter general, legitimándole para realizar el acto individualmente. El segundo comporta que la autoridad judicial pueda atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad a los padres o distribuir entre ellos las funciones por un plazo máximo de dos años (BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *La administración*, p. 58). El CCC no ha suprimido la posibilidad de acudir, en caso de desacuerdo, a la decisión adoptada por dos parientes que preveía el art. 138 CF (antiguo art. 142 CS), si bien se ha admitido la posibilidad de acudir a un mediador (art. 2.1 letra e LMDDP), el cual no tomará la decisión, sino que ayudará a que la adopten los padres por sí mismos. Si aun así no consiguen adoptar la decisión, la acabarán adoptando o los parientes o la autoridad judicial (art. 236-30 CCC).

En ningún caso se contempla la posibilidad específica de que el menor sea oído en relación con ese desacuerdo como, en cambio, el art. 158 CF sí preveía. Debemos pues tener presente la norma general del art. 211-6 CCC en relación con el «interés del menor».

2. El ejercicio del contenido de la patria potestad tras la crisis matrimonial o la extinción de la convivencia estable en pareja. La guarda compartida como modelo. Críticas

A) *La distinción entre «potestad parental» y «responsabilidades parentales»*

El legislador catalán, en el Libro II CCC, diferencia entre «potestat parental» (arts. 236-1 ss. CCC) y «responsabilitats parentals» (art. 233-8 CCC). Esta segunda expresión procede del derecho anglosajón, concretamente de la *Children Act* de 1989 (sección 2) del Reino Unido⁽²⁵⁾, en la que se alude a «parental responsibility». El legislador británico quería destacar, por un lado, que los padres tienen deberes respecto de sus hijos y no derechos, como establecía la legislación anterior y, por otro lado, que esos deberes corresponden a los padres y no al Estado⁽²⁶⁾. A nuestro modo de ver, el legislador catalán no ha empleado el término en el sentido que en el derecho extranjero, antes bien ha querido diferenciar la «función» a la que ha denominado «potestat parental», la cual se correspondería con la «parental responsibility» antes aludida, de su contenido al que ha preferido aludir como «responsabilitats parentals»⁽²⁷⁾, lo que corrobora el Preámbulo de la Ley que aprobó el Libro II CCC cuando alude al «ejercicio de las responsabilidades parentales (...) respecto de la guarda, el cuidado y la educación de los hijos». Es decir, el ejercicio de responsabilidades parentales supone el ejercicio de los deberes que forman parte del contenido de la potestad parental: a la actuación material y jurídica.

B) *La determinación de la guarda por los padres. La autonomía de la voluntad*

Como hemos afirmado, la extinción de la relación conyugal o de convivencia no implica obviamente la extinción de la relación paterno-filial. Por tanto, si antes de que sobreviniera la crisis (matrimonial o convivencial) el ejercicio de la patria potestad era conjunto, en principio, lo seguirá siendo después, salvo que se diera alguna causa que determinara la suspensión del mismo o incluso su privación (arts. 236-5 y 236-6 CCC y art. 119 LDOIA) a uno o a ambos padres. Aun así, el legislador deja que sean los padres quienes decidan mantener el ejercicio conjunto de la patria potestad o delegar el ejercicio de la misma en uno de ellos o distribuirse las funciones (art. 236-9.1 CCC), que no es más que recordar la regla general establecida en el art. 236-8.1 CCC. Por tanto, parte de la situación jurídica anterior a la crisis matrimonial o convivencial en la que este ejercicio era conjunto y que, después, con la crisis se mantiene. Si no se pusieran de acuerdo, siempre podrán recurrir a la autoridad judicial, la cual deberá tener en cuenta, a la hora de tomar la decisión, tanto la opinión de los padres como del hijo menor de edad (art. 236-11.4 CCC).

Otra cuestión es la actuación del contenido del ejercicio conjunto de la patria potestad, es decir, quién está legitimado para actuar en los asuntos de la vida diaria del menor, ¿un

(25) <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/2>>. Fecha de consulta: mayo de 2011.

(26) EEKELAAR, John, «Parental Responsibility: State of Nature or the Nature of the State?», *Journal of Social Welfare & Family Law*, 1991, pp. 37-50.

(27) El Preámbulo de la Ley del Libro II CCC no hace ninguna referencia al porqué del empleo de esta expresión. Sí que la hacía el Preámbulo del Proyecto de Ley de Libro II CCC (III letra c), donde se daba razón de ser de la diferencia: la segunda expresión («responsabilitat parental») es más moderna y, por eso, se utiliza al regular las consecuencias de la separación y del divorcio (BOPC núm. 384, de 19 de enero de 2009).

padre exclusivamente? ¿ambos? Y aquí el legislador catalán, de entrada, nos recuerda que «la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial no alteren les responsabilitats que els progenitors tenen envers els fills d'acord amb l'article 236-17.1» (art. 233-8.1 CCC). El legislador está pensando en que la crisis no altere el ejercicio de esas responsabilidades, es decir, no altere el ejercicio de los deberes que conforman el contenido de dicho ejercicio.

Pero, añade en el mismo art. 233-8.1 CCC que «en conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen el caràcter de compartit i, en la mesura que sigui possible, s'han d'exercir conjuntament»⁽²⁸⁾.

Ahora bien, el que la nulidad, la separación judicial y el divorcio no alteren el contenido del ejercicio de la patria potestad o, dicho con las mismas palabras que el legislador catalán, no altere las «responsabilidades parentales», es decir, los deberes inherentes a la patria potestad, no conlleva la consecuencia de que la actuación del contenido de la patria potestad se «mantenga» como «compartido», puesto que, como hemos advertido, en virtud de la dirección de la familia, los padres pueden haberse distribuido las responsabilidades entre ellos, de suerte que, como permite el propio CCC, hayan establecido campos de actuación individual. Por tanto, si de lo que se trata es de no alterar el ejercicio de las responsabilidades respecto de los hijos, la norma debería haber establecido, en un proceso de razonamiento lógico intrínsecamente coherente, como consecuencia la «continuidad» en la actuación del ejercicio de esas responsabilidades en la medida en que ello fuera posible. Y no «mantener el carácter de compartido» de las actuaciones del ejercicio de la patria potestad cuando, tal vez, las llevadas a cabo en el ejercicio de la patria potestad no han sido siempre y, en todo caso, en situación normal realizadas conjuntamente, sino de forma individual.

La «continuidad» en el ejercicio de las responsabilidades parentales para justificar, en este caso, la custodia exclusiva, ha sido una solución propuesta en el derecho norteamericano por la doctrina, como criterio defectivo cuando los padres no llegan a ningún acuerdo, si bien adoptando diferentes formas. Una de ellas fue la conocida como «primary caretaker presumption», en virtud de la cual la custodia se atribuye a aquel de los padres que ha venido cuidando al menor desde el nacimiento⁽²⁹⁾ y que, usualmente, ha sido la madre⁽³⁰⁾. Sin embargo, el padre que principalmente se ha dedicado a trabajar fuera del hogar puede

(28) La guarda compartida no es, en realidad, una novedad del Libro II CCC. En efecto, de acuerdo con el art. 76.1 letra b en relación con el art. 139 CF se podía ya acordar por los padres o por el juez la referida guarda. De hecho, el TSJ Cataluña ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto destacando que no era necesario el recurso a la aplicación del art. 92 CC después de su modificación en 2005 en Cataluña, ya que se podía llegar al mismo resultado aplicando los referidos preceptos del CF (así, la sentencia de 5 de septiembre de 2008, RJ/2009/1449 y de 25 de junio de 2009, RJ/2010/2369).

(29) LEVY, Robert J., «Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy and Some Very Tentative Judgments», en FRETWELL WILSON, Robin, *Reconceiving the Family. A Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, Cambridge University Press, 2006, pp. 70-71; SINGER, Jana B. / REYNOLDS, Williams L., «A Dissent on Joint Custody», 47 *Md. L. Rev.*, 1988, pp. 520-521.

(30) Esta preferencia por la madre se comprobó, en un primer momento, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la década entre 1980-1990 (vid. las sentencias citadas por GARCÍA RUBIO, M.ª Paz / OTERO CRESPO, Marta, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005» (<<http://www.custodiaresponsable.org>>).

considerar su actividad como una forma de cuidar a los hijos al demostrarles que trabaja por y para ellos y por su bienestar enseñándoles el valor del esfuerzo y la dedicación profesional. Por otro lado, esta presunción permitiría contemplar al otro padre como «secondary caretaker», lo que muy probablemente genere desarmonía, desigualdad y sea fuente de conflictos.

Otra forma de «continuidad» en el ejercicio de la patria potestad fue la recogida por el *American Law Institute* (ALI) en sus *Principles of the Law of Family Dissolution*⁽³¹⁾, en virtud de la cual la guarda de los menores debe ser atribuida a aquel de los padres que, en el pasado, ha dedicado más tiempo al cuidado del menor (cap. 2)⁽³²⁾, usualmente también la madre. Se trata de la conocida *approximation rule* formulada por la Prof. E. S. SCOTT⁽³³⁾, que ha sido criticada desde diversas perspectivas. Así, por ejemplo, por desatender los diferentes grados de vinculación que se dan entre menor y cuidador, ya que no se trata simplemente de desarrollar un vínculo, sino de desarrollar un vínculo «seguro», y éste puede darse, por diversas razones, con aquel padre que no necesariamente pasa más tiempo con el menor⁽³⁴⁾. Por otro lado, el criterio tampoco va a evitar la litigiosidad, como pretende el ALI, ya que para muchas parejas que entran en crisis una de las razones fundamentales por las que acaece aquélla es precisamente la dispar contribución y dedicación de los cónyuges o convivientes a la familia, a las cargas familiares y, especialmente, al cuidado de los hijos menores. Esta situación ha generado, en muchos casos, resentimiento y hostilidad, y tener que plantearse en el momento de la ruptura quién históricamente ha contribuido más o ha dedicado más tiempo a los hijos supone revivir la causa por la que se ha llegado a la situación de crisis. Por tanto, tampoco es garantía de minimizar la situación conflictiva que se puede generar⁽³⁵⁾. Además, ni en este planteamiento ni en el anterior se tiene en cuenta la opinión del menor de acuerdo con su capacidad de discernimiento. Son modelos de custodia exclusiva que resuelven conflictos entre adultos en los que el menor no aparece como «sujeto de derechos», sino más bien como un «objeto» al que «colocar»⁽³⁶⁾.

Pero, además, la «continuidad» en el ejercicio de las responsabilidades parentales, en situaciones de crisis matrimonial o convivencial, ya sea para justificar la guarda exclusiva —como los modelos jurídicos expuestos—, ya sea para justificar la guarda compartida, sea «igualitaria» o no, o para justificar la distribución de funciones es, en muchísimos supues-

(31) AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, 2002, section 2.08.

(32) <<http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?8+Duke+J.+Gender+L.+&+Pol'y+1#H1N2>>. Fecha de consulta: mayo de 2011.

(33) SCOTT, Elisabeth S., «Pluralism, Parental Preferences and Child Custody», 80 *Ca. L. Rev.*, 1992, pp. 615 ss.

(34) Críticas a este criterio pueden verse en KELLY, Robert F. / WARD, Shawn L., «Allocating custodial responsibilities at divorce. Social Science Research and the American Law Institute's Approximation Rule», *Family Court Review*, 40-3 (2002), pp. 350-370; WARSHAK, Richard A., «Punching the parenting time clock: the approximation rule, social science and the baseball bad kids», 45 *Family Court Review*, 2007, pp. 600 ss; GARRIGA GORINA, Margarita, «El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta», *Indret* 3/2008, <www.indret.com>.

(35) DWYER, James G., *The Relationship Rights of Children*, Cambridge, 2006, pp. 225-226.

(36) No en vano Estados Unidos, junto con Somalia, son los dos únicos países que no han ratificado la Convención de los derechos del niño, la cual fue ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). En este trabajo, este texto será citado con el acrónimo inglés «CRC» («Convention on the Rights of the Child»).

tos, muy difícil, puesto que la referida crisis puede suponer un cambio de circunstancias importante para cada uno de los padres que determine una nueva reorganización de la convivencia con los menores (v. gr. la madre que renunció a incorporarse al mercado laboral para cuidar de sus hijos y dedicarse al hogar familiar, la cual después de la crisis debe ponerse a trabajar y, en muchos casos, hacerlo a tiempo completo, o la madre que trabajaba a tiempo parcial y que debe incorporarse de nuevo a tiempo completo) y del cumplimiento de los otros deberes contenido del ejercicio de la patria potestad y que tienen como presupuesto esa convivencia. Hay, por consiguiente, muchas razones que llevan a pensar que el modelo adoptado por los padres mientras convivían a la hora de ejercer la patria potestad y la división de sus responsabilidades parentales no necesariamente va a seguir funcionando después de la crisis matrimonial o convivencial.

La custodia compartida no se basa en el pasado, como en el caso de los dos modelos ofrecidos con anterioridad y que conllevarían la atribución de la custodia exclusiva a uno de los padres, sino que se basa en lo que debería ser un comportamiento «ideal» de los padres que conllevara un bienestar «ideal» para los menores bajo su potestad parental: los padres dedican más o menos el mismo tiempo a sus hijos, lo que no siempre va a encajar bien con su organización personal y profesional. Además, supone la adopción de acuerdos conjuntamente sobre cuestiones que afectan a la vida cotidiana del menor, lo que en la práctica puede resultar difícil de gestionar, sobre todo cuando los padres no se ponen de acuerdo o existe un nivel determinado de tensión y conflicto entre ellos. La custodia compartida exige un alto grado de colaboración entre los padres, lo que implica necesariamente un grado importante de contacto entre ellos, de comunicación⁽³⁷⁾ y de recíproca información, que para que funcione óptimamente después de la crisis debe haber funcionado ya, en mayor o menor medida⁽³⁸⁾, antes de la crisis⁽³⁹⁾, lo que no siempre se logra⁽⁴⁰⁾. Los costes de este conflicto no son internalizados por los padres, sino que se externalizan repercutiendo en los hijos⁽⁴¹⁾. Por eso, se añade junto a la propuesta de la custodia compartida un segundo pilar, el plan

(37) No deja de resultar llamativo que en la *STSJ Cataluña de 8 de marzo de 2010* (RJ/2010/4018) se afirme que la custodia compartida funciona bien porque el único problema que existe es la «falta de comunicación entre los padres» divorciados. Pero, partiendo de la base de que la custodia compartida requiere comunicación e información mutua entre los padres, *¿cómo se puede afirmar que como no existe una situación límite ni de maltrato al menor, la falta de comunicación entre los padres no es óbice para que funcione bien la custodia compartida cuando precisamente la comunicación es la base de la referida custodia?* Esta línea argumentativa se ha convertido en ley en la Comunidad Valenciana. En efecto, el art. 5.2 de la *Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven* (DOCV núm. 6495, de 4 de abril de 2011) considera que las «malas relaciones» entre los padres no son obstáculo para que el juez opte por la custodia compartida.

(38) En este extremo, debe ponerse de relieve que, aunque lentamente la participación del padre en las tareas domésticas y, en particular, en el cuidado y crianza de los hijos menores de edad va aumentando, lo cierto es que todavía la mujer sigue asumiendo, con base en diferentes razones, la mayor parte de las responsabilidades domésticas, incluyendo la crianza de los hijos (vid. al respecto RODRÍGUEZ, M.^a del Carmen, «Nuevos cambios familiares: la participación paternal en el cuidado infantil», *Estudios de Psicología*, 2009, 30-3, pp. 331-343).

(39) BAUSERMAN, «Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: meta-analytic review», 16-1 *Journal of Family Psychology*, 2002, pp. 91 ss.; CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de familia. Casos, reglas, argumentos*, Dilex, Madrid, 2006, p. 191.

(40) KELLY, Joan B. / EMERY, Robert E., «Children's adjustment following divorce: risk and resilience perspectives», *Family Relations*, 2003, 52-4, pp. 352-362, pp. 356 ss.

(41) Así, la *STSJ Cataluña de 25 de junio de 2009* (RJ/2010/2359), a pesar de destacar la bondad de la custodia compartida, opta por denegarla y mantener la custodia exclusiva a favor de la madre con un amplio régimen de visitas

de parentalidad, y un tercer pilar, la mediación para ayudar a los padres a reducir la tensión y llegar a posibles acuerdos sobre las actividades que pueden ejecutar conjuntamente con el menor (art. 233-6 CCC, para el derecho catalán)⁽⁴²⁾. Según las estadísticas que refiere la doctrina, debe ponerse de relieve que sólo una cuarta parte de todos los divorciados o separados son capaces de mantener relaciones de cooperación tras la separación o el divorcio con el otro padre/madre⁽⁴³⁾. Esto supone que, en la mayoría de casos, deberán acudir a la autoridad judicial para que resuelva lo que tenga por conveniente⁽⁴⁴⁾ si se inició el proceso de forma contenciosa o después, si fue de mutuo acuerdo, para que se revoque la primera medida adoptada de custodia compartida; pero ya el hecho mismo de acudir a la autoridad judicial indicará que los padres no están preparados para colaborar entre sí y que, por tanto, el presupuesto en el que se asienta la guarda compartida, cual es la cooperación entre los padres⁽⁴⁵⁾, cae por su base⁽⁴⁶⁾. Además, como en el modelo de la custodia compartida los padres deben elaborar el denominado «plan de parentalidad» en el que pueden aparecer un número importante de actividades compartidas, aunque la relación post-crisis que mantengan los padres sea conflictiva, si ese plan de parentalidad se presenta a escrutinio judicial es muy probable que el juez no pueda conocer de la existencia de esa conflictividad y acabe aprobando un plan que acabará perjudicando al menor, sobre el cual revertirán las consecuencias de la relación conflictiva que, en mayor o menor medida, mantengan sus padres.

Nos parece, por tanto, que la realidad de las situaciones familiares post-crisis es muy compleja y cada una de ellas es única⁽⁴⁷⁾, como lo eran las situaciones familiares pre-crisis y, por esa razón, deberían ser los padres los que decidieran en todo momento, dadas las

a favor del padre para evitar cambios bruscos a los hijos e inestabilidad a los mismos, vista la relación conflictiva que mantienen los padres.

(42) LAMB, Michael E. / KELLY, Joan B., «Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children», 39 *Family Court Review*, 2001, pp. 365 ss.

(43) CANTÓN DUARTE, José, «Adaptación de los hijos de divorciados», en GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 92 ss.

(44) En no pocos casos, lo que se solicitará por uno de los padres será la custodia exclusiva y que se modifique la medida adoptada en primer lugar, esto es, la custodia compartida (CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de familia*, p. 192).

(45) Como se ha advertido la guarda compartida implica un alto grado de colaboración entre los padres, por lo tanto, para que funcione plenamente y produzca los efectos deseados por el legislador deberían los padres colaborar en los deberes inherentes a la potestad parental con anterioridad a la situación de crisis matrimonial. De esta forma, después, la custodia compartida surge como la situación natural de cuidado de los menores (JUBY, Heather / LE BOURDAIS, Céline / MARCIL-GRATTON, Nicole, «Sharing Roles, Sharing Custody? Couple's Characteristics and Children's Living Arrangements at Separation», *Journal of Marriage and Family* 67/2005, pp. 157-172). Por su parte, la falta de colaboración entre los padres es el argumento al que recurren con mayor frecuencia las sentencias que deniegan la custodia compartida. Al respecto, vid. el exhaustivo estudio de GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret* 2/2008, <<http://www.indret.com>>.

(46) DWYER, James G., *The Relationship Rights of Children*, p. 228.

(47) Esta complejidad y diversidad de las situaciones familiares puede observarse en las decisiones que adoptan nuestros tribunales de justicia. Como botón de muestra, consúltense las sentencias que citan y parcialmente reproducen GARCÍA RUBIO, M.^a Paz / OTERO CRESPO, Marta, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», <<http://www.custodiariosponsable.org>>. Una ordenada sistematización de las sentencias de las Audiencias Provinciales puede consultarse en PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 93 ss. La STSJ Cataluña de 31 de julio de 2008 (RJ/2009/643) afirmó, de forma razonable, que la custodia compartida no constituye una solución única que valga para todos los casos.

nuevas circunstancias, cómo van a actuar el ejercicio de la patria potestad teniendo, para ello, la misma libertad que tenían antes de que sobreviniera la crisis. Y, de nuevo, el principio esencial inspirador de su actuación debe ser el bienestar de los menores, los cuales, como después advertiremos, deben poder participar en la toma de decisiones sobre todas aquellas cuestiones que les afecten, como deberían haber participado con anterioridad, en la familia, en situación de normalidad, y muy especialmente deben tener un protagonismo destacado en lo referente al tipo de guarda que se acabe ejerciendo sobre ellos.

El legislador catalán —como el estatal también pretende hacer— no debería, por tanto, imponer, crear o impulsar ningún modelo que, por otro lado, parte de una petición de principio, cual es el reparto conjunto o compartido de los deberes, contenido del ejercicio de la patria potestad, lo que entra en contradicción con el hecho de que el propio legislador reconozca la actuación individual de uno de los padres en el seno del ejercicio conjunto de la patria potestad y, además, lo reconozca con carácter de «normalidad». Así, se da la paradoja de que cuando los padres viven juntos, que sería la situación más adecuada para la actuación compartida de la guarda del menor, la ley legitima la actuación individual; mientras que cuando los padres viven separados, que sería (y es) una situación que «dificulta», aunque no impide, la actuación compartida de los deberes por los mismos, el legislador impone «en la medida de lo posible» la actuación compartida y admite, entonces, como excepción la «actuación individual», lo que, a nuestro modo de ver, representa un contrasentido.

El legislador debería de haber establecido, en nuestro sentir, con mayor claridad la posibilidad de que los padres determinen libremente la forma en que quieren desempeñar las responsabilidades parentales, si éstas se ejercen de forma compartida «igualitaria», de forma exclusiva por uno de ellos, de forma repartida en diverso porcentaje o alternada⁽⁴⁸⁾ o cualquier otra modalidad, en atención a todas las circunstancias del caso concreto como ha hecho la *Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres* de la Comunidad foral Navarra⁽⁴⁹⁾. Dicho con otras palabras, no debe establecer ningún modelo de comportamiento «ideal» de los padres, puesto que no existe. Cada comportamiento es «ideal» en la medida en que funcione para los padres y para los hijos⁽⁵⁰⁾. En definitiva, es una cuestión de libertad y de responsabilidad individual. La garantía última es el escrutinio judicial que puede hacerse de los pactos de los padres respecto de los hijos para evitar que antepongan sus intereses a los de los menores⁽⁵¹⁾.

a) En convenio regulador

De acuerdo con la libertad que asiste (o debería asistir) a los padres para configurar el ejercicio del contenido de la patria potestad, esto es, de las responsabilidades parentales como

(48) Las diferentes modalidades de custodia, alguna de las cuales sí puede denominarse con rigor «compartida», pueden verse en PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, pp. 41 ss.

(49) BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

(50) De hecho, en Canadá, no se ha establecido como modelo la guarda compartida, antes bien se recomienda a los padres que adopten los acuerdos en torno a la guarda de los menores que más convengan a la situación familiar (*Federal Child Support Guidelines*, 1997, <<http://www.justice.gc.ca>>).

(51) ALASCIO CARRASCO, Laura / MARÍN GARCÍA, Ignacio, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC», *Indret*, julio de 2007.

mejor convenga a los intereses de los miembros de la familia y, muy especialmente, de los menores, pueden llevar a cabo dicha configuración en el convenio regulador que presenten si instan de común acuerdo el divorcio, la separación judicial o la adopción o modificación de medidas reguladoras de las consecuencias de la nulidad del matrimonio⁽⁵²⁾ o, si lo hace uno de ellos, con el consentimiento del otro (art. 233-2.1 CCC). En el convenio, en relación con los hijos comunes, deberán incorporar un plan de parentalidad (art. 233-9 CCC), al que después nos referiremos, donde debe trazarse todo lo referente a la custodia de aquéllos, los alimentos que deben prestarse y el régimen de relaciones personales con abuelos o hermanos mayores de edad que no convivan en el hogar familiar. Éstos deberán consentir el régimen de relación establecido (art. 233-12 CCC)⁽⁵³⁾. Su falta de consentimiento hará que el referido acuerdo no sea aprobado judicialmente y que el juez fije un plazo para que se modifique (art. 233-3.2 CCC). Si se establece un régimen de relación con otros parientes o allegados, también éstos deberán prestar su consentimiento al referido régimen, aunque respecto de estos sujetos se trata más bien de un pacto accidental y no esencial del plan de parentalidad que se incluye en la propuesta de convenio regulador.

Los convivientes que deciden poner fin a su convivencia también pueden presentar una propuesta de convenio regulador de común acuerdo o uno con el consentimiento del otro (art. 234-6.2 CCC), el cual deberá pasar la homologación judicial y en el que deberá contenerse un plan de parentalidad (art. 234-7 CCC).

La configuración que hagan los padres, respecto de la guarda de los menores, tendrá en cuenta diferentes criterios. Así, el ejercicio de las responsabilidades parentales que se llevaba a cabo con anterioridad al advenimiento de la crisis y que deberían haber tenido por norte el bienestar del menor, lo que significa tener también en cuenta el tiempo que cada uno de los padres había dedicado históricamente al cuidado de los hijos⁽⁵⁴⁾, la vinculación entre los hijos y cada uno de los padres que le proporcione mayor seguridad a aquéllos⁽⁵⁵⁾ y su relación con otras personas que convivan en el hogar familiar, así como los asuntos de los que se había cuidado para procurarles bienestar, también se tiene en cuenta a quién se

(52) El precepto se refiere a la modificación de medidas en caso de nulidad; sin embargo, también la misma cuestión se puede plantear en caso de modificación de medidas adoptadas en un proceso de divorcio o separación judicial. En efecto, en estos supuestos también pueden las partes iniciar el proceso de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro y establecer una nueva configuración del ejercicio de la patria potestad. Para ello es necesario, en cualquiera de los casos (nulidad, separación o divorcio) una «alteración sustancial de las circunstancias» (art. 233-7 CCC). De hecho, el legislador catalán, añadiendo, en este precepto, la referencia a la nulidad, ha atendido a las críticas que, en su momento, hizo la doctrina respecto del art. 77 CF en relación con el art. 777 LEC (BAYO DELGADO, Joaquín, «Comentari a l'art. 77 CF», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (dirs.), *Comentaris al Codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 384).

(53) Las críticas a que el menor no pueda decidir con quién quiere relacionarse, sino que esto venga impuesto por los adultos y por el Estado, pueden verse en NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas», pp. 618-627.

(54) A mediados de los años 90, EEKELAAR, John y MACLEAN, Mark llevaron a cabo una investigación sobre el contacto de los menores con sus padres después de la separación o el divorcio de los mismos. Los autores encontraron que podía relacionarse el tiempo que el padre o madre hubiera pasado con el menor antes de la crisis para que se mantuviera el contacto con el no custodio después: a mayor tiempo con el menor antes de la crisis, mayor contacto después de la crisis (*The Parental Obligation: A Study of Parenthood across Households*, Hart Publishing, Londres, 1997).

(55) KELLY, Robert F. / WARD, Shawn L., «Allocating custodial responsibilities at divorce», p. 359.

atribuye la vivienda familiar⁽⁵⁶⁾, los acuerdos que se tuvieran en previsión de una ruptura futura que ahora llega o que se hubieran adoptado, fuera de convenio regulador, antes de iniciarse el proceso judicial (arg. art. 233-11.1 CCC), la necesidad de controlar la inversión de las cantidades de dinero (pensiones) que paga un padre al otro para cubrir las necesidades de los hijos⁽⁵⁷⁾, los costes de tener que negociar con el otro padre las decisiones a tomar en asuntos de la vida diaria del menor que pueden acabar repercutiendo negativamente en el menor en cuanto dificultan la toma de decisiones, la puesta en práctica que, según el caso, pueden provocar mayor tensión y conflicto entre los padres. Además, también tendrán en cuenta el grado de información de que disponga cada padre respecto de los asuntos de la vida diaria del menor en la situación previa a la crisis matrimonial o convivencial, si aquéllos eran decididos por uno solo de los padres.

Desde un punto de vista de la racionalidad económica, los padres tendrán en cuenta las inversiones de recursos realizadas por cada uno de ellos en relación con los hijos durante la convivencia o el matrimonio, lo que estará en función de la valoración que éstos les merezcan y que les llevará a pretender recuperar esa inversión después, cuando sobrevenga la crisis matrimonial⁽⁵⁸⁾. A mayor valoración, mayor inversión de recursos. Por tanto, una vez sobrevenga la crisis matrimonial, mayor será el interés en recuperar la inversión realizada y, consiguientemente, el padre que más ha invertido en el hijo pretenderá la custodia exclusiva. Si las valoraciones que hacen los padres son más o menos iguales, la custodia compartida se presenta como la solución más coherente con las inversiones realizadas durante el matrimonio o la convivencia y su recuperación posterior.

En la ponderación que, de todos estos parámetros, hagan los padres, deberán tener en cuenta la participación del menor. A esta participación nos referimos posteriormente.

De otra parte, estos acuerdos acerca de la custodia de los hijos menores tienen que pasar el correspondiente escrutinio judicial y el juez puede no aprobar alguno si considera que no es conforme con el bienestar del menor (art. 233-3.1 CCC, antiguo art. 78.1 CF). En este caso, como sucede para el derecho estatal (art. 90 CCE), el juez determina qué extremos deben modificarse para que los padres así lo hagan en el plazo que les fije. Si no llegan a ningún acuerdo o el nuevo pacto tampoco es aprobado, la autoridad judicial adoptará la decisión pertinente. Se sigue manteniendo la diferencia entre el art. 233-3.1 CCC y el art. 90 CCE respecto al control judicial de los pactos: sólo se excluyen aquellos perjudiciales para los menores, no los pactos que puedan resultar perjudiciales para alguno de los cónyuges, salvo que atenten contra algún derecho fundamental o vayan contra una norma imperativa o prohibitiva.

(56) Hay que tener en cuenta que la solicitud de una modalidad determinada de guarda de los hijos menores depende, en muchas ocasiones, de la decisión que se tome acerca de a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar y de quién deba pagar la pensión por alimentos. Nuestro legislador y, por ende, los tribunales de justicia han partido siempre del supuesto de que la vivienda familiar se atribuía a uno de los cónyuges o convivientes en función de una serie de criterios, entre los cuales se hallaba el interés de los menores (art. 96 CCE), que podía ser el más necesitado de protección (GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial», *Indret* 2/2008, <<http://www.indret.com>>).

(57) BRINIG, Margaret / BUCKLEY, F. H., «Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories», 73 *Indiana Law Journal*, 1998, pp. 393 ss.

(58) RASUL, Imran, «The Economics of Child Custody», 73 *Economica*, 2006, pp. 1-25.

En cualquier caso y en cualquier momento y fase del proceso pueden las partes acudir a la mediación para intentar llegar a acuerdos (art. 233-6.1 CCC, art. 12 LMDP), ya se trate de procesos matrimoniales o de ruptura de pareja estable (disposición adicional quinta primer apartado CCC). A estos efectos, se aplican las normas de la LEC sobre procesos matrimoniales también a los procesos iniciados con motivo de la extinción de una convivencia estable.

b) En acuerdos en previsión de una futura ruptura

El art. 231-20 CCC regula los pactos, que pueden ser antenupciales o postnupciales, en previsión de una futura ruptura del matrimonio y el art. 234-5 CCC prevé la posibilidad de que los convivientes pacten los efectos de la extinción de la pareja estable también en este tipo de pactos. La regulación está pensando en pactos de carácter económico para el caso de que sobrevenga una crisis matrimonial y, en ningún momento, contempla la posibilidad de que se adopten, sobre todo si son postnupciales y existen hijos comunes, decisiones que tengan que ver con el ejercicio de las responsabilidades parentales en caso de que acaezca la crisis matrimonial o de pareja (v. gr., acuerdan la custodia compartida) y que puedan considerarse conformes con el bienestar e interés del menor⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, el art. 233-5 CCC sí contempla indirectamente esa posibilidad cuando permite que los acuerdos alcanzados en estos pactos se incorporen al convenio regulador, puesto que esos acuerdos vinculan a los cónyuges. También podrán los cónyuges, ex cónyuges o ex convivientes solicitar que se incorporen al proceso sobre medidas provisionales para que sean recogidos, si así lo considera el juez, en la resolución judicial (art. 233-5.1 CCC). Asimismo se podrá solicitar que se incorporen a la sentencia sobre medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial, la cual podrá revisarlas (art. 233-1.4 CCC), en caso de que el proceso fuera contencioso o si, iniciado de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, hubiera algún pacto relacionado con los hijos menores que no hubiera sido aprobado y la decisión la acabara tomando el juez.

En caso de ex convivientes, éstos podrán pedir que los pactos alcanzados se incorporen al convenio regulador, si no lo han hecho ya ellos, o, en todo caso, que se tengan en cuenta de cara a la sentencia definitiva. Del mismo modo, si no llegan a un acuerdo y se inicia un proceso de medidas definitivas, el juez podrá tener en cuenta el contenido de tales pactos (art. 234-6.3 en relación con el art. 233-2, -3, -4 CCC) o para adoptar la decisión definitiva si las partes no han llegado a un acuerdo acerca de la modificación de un pacto concreto que no ha pasado el control judicial.

Estos son argumentos legales a favor de que se puedan establecer pactos relativos a menores y no sólo de carácter económico.

Desde la perspectiva de los menores involucrados, si los menores tienen capacidad de discernimiento suficiente deberían intervenir en aquellas cuestiones relacionadas con sus

(59) Admite esta posibilidad GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», en *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 setembre de 2004*, pp. 95-121, p. 115. Recientemente, en el mismo sentido, vid. SERRANO DE NICOLÁS, Angel, «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código civil de Cataluña», en NASA-RRE AZNAR, Sergio / BARRADA ORELLANA, Reyes / GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 372.

aspectos vitales. Sea lo que fuere, lo cierto es que las medidas que se adoptaron en esos pactos, es muy probable, que cuando deban cumplirse no se correspondan con las circunstancias vigentes en el momento de la ruptura y, por ello mismo, resulten ineficaces (art. 233-5.3 CCC).

Este tipo de pactos deben formalizarse en capítulos matrimoniales —en caso de cónyuges o futuros cónyuges— o en escritura pública que no sea de capítulos matrimoniales (art. 231-20.1 CCC). La cuestión que se suscita es si el notario deberá informar a los cónyuges o convivientes de los cambios que pretenden introducir en relación no sólo con cuestiones patrimoniales, a cuyo deber se refiere explícitamente el art. 231-20.2 CCC, sino también en relación con las cuestiones referentes a los menores hijos comunes, aspecto éste del que el art. 231-20 nada advierte. A nuestro modo de ver, el notario tiene el referido deber de información respecto de todos los extremos contemplados en el pacto y no sólo de los aspectos patrimoniales.

En este caso, una propuesta de plan de parentalidad podría contenerse en estos pactos sin tener que pasar necesariamente el escrutinio judicial si, finalmente, no se inicia ningún proceso judicial porque los cónyuges o convivientes deciden separarse de hecho. El problema aquí radica en el uso que puedan hacer los padres de su libertad de configuración del ejercicio de las responsabilidades parentales anteponiendo su interés al interés de los menores. Para evitar esto es importante la participación del menor en las decisiones que se adopten y que le afecten directamente y la posibilidad legal que tiene de poner él, por su propia iniciativa, en conocimiento de la autoridad judicial o administrativa hechos que considere que afectan a su bienestar⁽⁶⁰⁾. De ahí la importancia de que el menor aparezca con una representación independiente a la de los padres, lo que permiten tanto el art. 9 LOPJM como la propia LEC.

c) En acuerdos adoptados fuera de convenio

También cabe la posibilidad de que, después del cese de la convivencia o de la relación conyugal, los cónyuges, ex cónyuges o ex convivientes (art. 234-6.3 CCC) lleguen a acuerdos, los conocidos acuerdos amistosos de separación —regulados por primera vez en el derecho catalán⁽⁶¹⁾—, que son vinculantes y, por tanto, se puede exigir su cumplimiento por cualquiera de las partes. Por tanto, son eficaces desde el momento de su celebración.

Ahora bien, se admite un derecho de desistimiento del que es titular cualquiera de los cónyuges o convivientes para dejarlos sin efecto, durante los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptaron, y como máximo hasta el momento de contestación a la demanda o de la reconvencción en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer, si se adoptaron sin la debida asistencia letrada (art. 233-5.2 CCC). En caso de que los pactos fueran adoptados por convivientes después de la ruptura de la convivencia, éstos podrán solicitar que se declaren ineficaces durante los tres meses siguientes a la fecha en que se adoptaron y, como máximo, hasta el momento de contestación a la demanda o, en su caso, de la reconvencción en el proceso ordinario en el que se pretenda hacerlos valer (art. 234-6.3 CCC).

(60) Vid. el epígrafe dedicado a la participación y representación del menor.

(61) El Preámbulo de la Ley que aprobó el Libro II CCC así lo recuerda.

De todos modos, en relación con aspectos concernientes a la guarda de los hijos menores, el legislador catalán considera que sólo serán estos pactos eficaces y podrá exigirse su cumplimiento si, en ese momento, es decir, en el momento en que se exige el cumplimiento de los mismos por cualquiera de los progenitores, redundan en interés de los menores (art. 233-5.3 CCC), pues bien pueden haber cambiado sus circunstancias vitales y las de sus padres.

Estos pactos, en relación con la guarda de los hijos menores, que constituyen el plan de parentalidad, no tendrán carácter judicial, si existe una separación de hecho o si los convivientes no se deciden por iniciar un proceso judicial. Por otro lado, no se exige que consten los referidos pactos en escritura pública, salvo si se trata de delegación o distribución de funciones entre los padres, en cuyo caso el art. 236-11.3 CCC así lo requiere. Luego, el acuerdo de guarda conjunta o compartida no requerirá el otorgamiento de dicha escritura pública.

En la elaboración de estos acuerdos deberían poder intervenir los menores de edad, puesto que se adoptan decisiones que van a afectar al óptimo desarrollo de su personalidad y al ejercicio de sus derechos fundamentales.

C) *La determinación por la autoridad judicial. Criterios*

Los pactos que alcancen los padres (en concreto, el plan de parentalidad) deben pasar el control judicial, el cual deberá tener en cuenta si alguno de estos pactos es perjudicial para el menor (no para el otro cónyuge, diferencia ya destacada entre el art. 90 CC y el art. 233-3 CCC) porque incide negativamente en su bienestar. Si el plan de parentalidad, o alguno de sus extremos no es aprobado por el juez y los padres no llegan a un nuevo acuerdo o desde el inicio es ya evidente la falta de acuerdo, deberá ser el juez el que determine la forma en que debe ejercerse el contenido de la patria potestad (art. 233-10.2 CCC)⁽⁶²⁾. Para ello, el legislador establece una serie de criterios que pueden orientar su decisión, que deberá pasar prioritariamente, a tenor de la norma del art. 233-10.2 CCC, por la guarda compartida, aunque se le permite, si el bienestar del menor así lo aconseja, apartarse de ese modelo estableciendo otro que se ajuste mejor a las circunstancias del caso concreto. De nuevo, el legislador impone un modelo que puede contrastar con la dinámica del ejercicio de la potestad con anterioridad a que sobrevenga la crisis de la pareja, con los rasgos de la personalidad del menor, con la situación de mayor o menor conflictividad que rodee a la crisis matrimonial o a la extinción de la unión estable y con las nuevas circunstancias personales y profesionales que pueden rodear a la crisis matrimonial o convivencial. A pesar de la norma del art. 233-10.2 CCC, los jueces deberían tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y determinar el régimen de custodia que consideren que mejor responde al bienestar del menor⁽⁶³⁾. Por eso, basta con dar al juez una lista de crite-

(62) Debe tenerse presente que si el proceso judicial de separación, divorcio o nulidad es contencioso cada uno de los padres podrá presentar su propio plan de parentalidad (art. 233-11.1 CCC). Vid., asimismo, BARRADA ORELLANA, Reyes, «El plan de parentalidad», en NASARRE AZNAR, Sergio / BARRADA ORELLANA, Reyes / GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 713.

(63) Postula este criterio más flexible para el derecho anglosajón GILMORE, Stephen, «Contact/Shared residence and child well-being: research evidence and its implications for legal decision-making», *International Journal of Law, Policy and the Family* 20, (2006), pp. 344-365.

rios para que decida lo mejor para los menores, sin necesidad de presentar ningún modelo de custodia como «ideal».

Los diferentes criterios que debe tener en cuenta el juez y que, por ejemplo, el art. 233-11.1 CCC, sin carácter exhaustivo, establece, le ayudarán a hacerse una composición de la situación que tenía el menor con anterioridad, situación que, en no pocas ocasiones, no perjudicaba al menor, la vinculación afectiva de los hijos con sus padres, el tiempo dedicado en el pasado por cada uno de ellos al cuidado de los hijos, los horarios y las actividades de los hijos y los padres o la opinión del menor. En este punto, conviene insistir en la necesaria participación del menor en orden a que el juez atienda prioritariamente a la decisión que el propio menor pudiera tomar⁽⁶⁴⁾.

Junto a estos criterios que atienden a la situación anterior a la crisis, se encuentran otros que tienen que ver con la capacidad o aptitud de los padres para garantizar el bienestar del menor en función de su edad y capacidad de discernimiento o la actitud que tiene cada padre frente al otro en orden a poder colaborar entre ellos por el bienestar de su hijo menor de edad. Los jueces deben, en esta dirección, ser conscientes de las externalidades de los comportamientos de los padres que acabarán repercutiendo negativamente en el menor⁽⁶⁵⁾.

Asimismo, la autoridad judicial deberá tener en cuenta los acuerdos alcanzados por los padres, ya sea en previsión de una futura ruptura o que se hubieran adoptado fuera de convenio regulador antes de iniciarse el proceso (art. 233-11.1 letra f CCC).

Excepcionalmente, podrá el juez atribuir la custodia del menor a otra persona diferente de los padres, ya sean los abuelos, otros parientes o personas próximas (v. gr. el cónyuge o conviviente del padre del menor) o, incluso, a una institución a la cual se le podrán conferir funciones tutelares. En este último caso, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad (art. 233-10.4 CCC). En los otros supuestos, no parece que se suspenda el ejercicio, por lo que los padres serán los que tengan que tomar las decisiones concernientes a hechos relevantes o de considerable importancia para el desarrollo de la personalidad del menor (arg. *ex art.* 236-11.6 CCC); mientras que las personas que tengan al menor en su compañía sólo podrán decidir aspectos relacionados con asuntos de la vida diaria del menor y en casos de urgente necesidad (arg. *ex art.* 236-14 CCC). Esta medida, de todos modos, se prevé como temporal, pues de lo que se trata es de que se den las condiciones para que el menor pueda volver a reintegrarse a su familia de origen, sobre la que recaen las responsabilidades parentales.

III. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE PADRES NO CASADOS NI CONVIVIENTES

El art. 236-11 CCC regula el supuesto relativo al ejercicio de la patria potestad cuando los padres llevan vida separada, lo cual puede obedecer a que nunca estuvieron casados

(64) Vid. epígrafe V.

(65) Los jueces americanos son conscientes de la externalización sobre los hijos de las decisiones de los padres que deciden divorciarse o separarse, por lo que muchas veces adoptan medidas (v. gr. una determinada escuela o formación) en beneficio de los hijos, que éstos, si sus padres vivieran juntos, no podrían demandar (BRINIG, Margaret F., «Does Parental Autonomy Require Equal Custody at Divorce?», 65 *Louisiana Law Review*, 2005, pp. 1345 ss).

ni fueron convivientes o a que hay una separación de hecho. Su precedente, el art. 139 CF, se refería sólo a la segunda situación⁽⁶⁶⁾. En cambio, la nueva redacción permite comprender en su ámbito de aplicación cualquier supuesto en que se lleve esa vida separada. Sin embargo, habida cuenta de que los casos de separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio se regulan en los arts. 233-1 ss. CCC y, concretamente, en relación con el ejercicio de la patria potestad, en estos casos, en los arts. 233-8 a 233-13 CCC, a los que se remite la regulación de los efectos de la extinción de la convivencia estable en pareja (art. 234-7.1 CCC), parece que el art. 236-11 estaría contemplando esencialmente los dos supuestos referidos al inicio de estas líneas, esto es, padres no casados ni convivientes y padres separados de hecho.

En ambas hipótesis, el art. 236-11 CCC por remisión al art. 236-9.1 CCC prevé tres opciones para los padres. En primer lugar, acordar que el ejercicio se atribuya a aquél con quien convivan los hijos; en segundo lugar, que se ejerza por ambos conjuntamente y, en tercer término, distribuir las funciones entre los padres. Los acuerdos de delegación o distribución deben o bien formar parte del contenido de un convenio regulador que, posteriormente, será homologado judicialmente o bien deben otorgarse en escritura pública, si bien, en este caso, se puede unilateralmente revocar en cualquier momento mediante una sencilla notificación notarial. Además, se pueden otorgar poderes, en caso de delegación o de distribución, entre los padres (art. 236-9.2 CCC), lo que no tiene demasiado sentido porque si se ha otorgado escritura pública de delegación o distribución ya se contemplarán en ella.

Si no se trata de pactos de delegación o de distribución, los otros posibles pactos alcanzados en torno a la guarda de los hijos menores pueden someterse a aprobación judicial por parte de los padres. También puede someterse a esta aprobación el posible plan de parentalidad que hubieran elaborado (art. 236-11.2 CCC). Pero se trata de una facultad de los padres, ya que el precepto emplea el verbo «pueden»; por lo tanto, pueden no hacerlo. En este caso, el legislador no exige que consten en una escritura pública, con el consiguiente control de legalidad del notario, como sucede en caso de acuerdos de delegación o distribución de funciones entre los padres, aunque si los padres así lo consideraran podrían formalizarlos en el referido documento público. Pues si no lo hacen, esos acuerdos quedan al absoluto control de los padres y éstos pueden anteponer sus intereses al de sus hijos. La forma de evitar esta situación, como se ha advertido en líneas superiores, es la participación del menor en la adopción de dichos acuerdos por sí mismo o mediante un tercero que lo represente.

En caso de desacuerdo, los padres podrán acudir a la autoridad judicial, la cual adoptará las medidas que considere oportunas previa audiencia de los progenitores y del menor (art. 236-11.4 CCC).

La eficacia de los acuerdos adoptados es diferente según sean acuerdos privados, formalizados o no en escritura pública o bien adoptados por la autoridad judicial. Los primeros pueden ser revocados unilateralmente por cualquiera de los padres, los segundos sólo pueden modificarse o quedar sin efectos por la propia autoridad judicial.

(66) BOSCH I CAPDEVILA, Esteve, *La administración*, p. 60.

Por otra parte, existe el deber de un padre de informar al otro y, además, se necesita el consentimiento de ambos para decidir cuestiones relevantes para la vida del menor (art. 236-11.6 CCC)⁽⁶⁷⁾.

IV. PLAN DE PARENTALIDAD

1. Propuesta de plan de parentalidad

Una vez determinada por los padres⁽⁶⁸⁾ o adoptada por la autoridad judicial, como medida provisional (art. 233-1 CCC), la modalidad de ejercicio de las responsabilidades parentales, debe o puede procederse, según los casos vistos, a elaborar el denominado «plan de parentalidad», el cual no aparece definido en el articulado del Libro II CCC, pero sí en su Preámbulo (III letra c), en el que se advierte que «és un instrument per a concretar la manera com ambdós progenitors pensen exercir les responsabilitats parentals, en el qual es detallen els compromisos que assumeixen respecte a la guarda, la cura i l'educació dels fills». Puede entenderse, por tanto, desde una doble perspectiva: la primera, como instrumento jurídico, y la segunda, como documento⁽⁶⁹⁾. En el primer caso, podría revestir la forma de un pacto, luego, un acuerdo de voluntades, que puede formar parte del contenido de un negocio jurídico también de derecho de familia (v. gr. el convenio regulador, pactos en previsión de ruptura futura, acuerdos fuera de convenio o los acuerdos alcanzados por los padres que llevan vida separada). En el segundo caso, el documento es el soporte material de, en su caso, el pacto alcanzado. En este documento debe detallarse la forma concreta en que se materializará la modalidad de ejercicio de las responsabilidades parentales decidida (art. 233-9.1: «el pla de parentalitat ha de concretar la manera en què ambdós progenitors exerceixen les responsabilitats parentals»).

El plan de parentalidad, que es ajeno a la tradición de los países continentales, es en cambio conocido en los países de tradición anglosajona⁽⁷⁰⁾. El ALI incorpora el *parenting plan* (Principle s. 2.06) a sus propuestas para la reforma del derecho de familia en relación con la disolución del matrimonio (separación y divorcio) con el argumento de que se trata de un mecanismo para reducir la tensión entre los padres y para asegurar al menor el contacto con ambos padres⁽⁷¹⁾. Hay que tener en cuenta que el plan de parentalidad obliga a los padres a un grado de cooperación importante, pero ¿qué pasa cuando se presenta a escrutinio judicial un plan de parentalidad en el que se ha acordado un grado elevado

(67) A estas últimas cuestiones nos referimos posteriormente en el epígrafe IV.2.

(68) Si el proceso se inicia de forma contenciosa, cada uno de los progenitores presentará su propia propuesta de plan de parentalidad.

(69) Destaca sólo este segundo aspecto, BARRADA ORELLANA, Reyes, «El plan de parentalidad», en NASA-RRE AZNAR, Sergio / BARRADA ORELLANA, Reyes / GARRIDO MELERO, Martín (dirs.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2.º del Código Civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 710.

(70) RHOADES, Helen / BOYD, Susan B., «Reforming Custody Laws: A Comparative Study», 18 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.*, 2004, pp. 119 ss.

(71) Crítica este mecanismo DWYER, James G., *The Relationship Rights of Children*, p. 229. También, LEVY, Robert J., «Custody Law», pp. 79-82.

de actividades compartidas y, sin embargo, los padres presentan una relación conflictiva? Para el juez es harto difícil conocer dicha conflictividad a través de un plan de parentalidad aparentemente «normal», por lo que, generalmente, será aprobado por él y, sin embargo, es muy probable que, dada la relación conflictiva que mantienen los padres, los costes de la misma acaben repercutiendo negativamente en el menor, para el cual la custodia compartida acabará resultando un perjuicio en lugar de un beneficio.

El referido plan presenta, a nuestro modo de ver, entre otros, dos inconvenientes importantes: en primer lugar, la más que posible, en la práctica, estandarización, de suerte que se acaban elaborando formularios con cláusulas standard que suscriben los padres⁽⁷²⁾ y, en segundo lugar, la excesiva rigidez, con lo cual, en lugar de desincentivar la litigiosidad paradójicamente la acabe aumentando. Hay que tener en cuenta que debe ser redactado de tal forma que pueda adaptarse con relativa facilidad a las nuevas circunstancias sin necesidad de tener que acudir al juez, para que sea él el que decida⁽⁷³⁾. De hecho, el art. 233-9.3 CCC (también, art. 233-7.2 CCC) establece la posibilidad de que en las propuestas de planes de parentalidad se prevea la modificación del contenido del mismo para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de los hijos menores⁽⁷⁴⁾. Para ello pueden prever en el mismo plan el recurso a la mediación (art. 2.1 letra e *Llei 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado*⁽⁷⁵⁾). Se trata de anticipar las posibles soluciones a los conflictos que se pudieran dar en el futuro. De ahí, quizá, la necesidad de que en su elaboración intervenga un profesional (v. gr. un mediador⁽⁷⁶⁾). Como este plan ha de ser homologado, en determinados supuestos, judicialmente (art. 233-10 CCC), los jueces podrían requerir a los padres para que establecieran cláusulas previendo futuras contingencias relacionadas con la guarda (v. gr. posibles futuras enfermedades, viajes escolares, etc.). La posible modificación del plan también deberá pasar el control judicial (art. 233-7 CCC), cuando haya sido, con carácter previo, judicialmente homologado.

En la elaboración de la propuesta de plan de parentalidad debería intervenir el menor, ya que se van a tratar aspectos de su vida que afectan directamente al desarrollo óptimo de su personalidad y al ejercicio de sus derechos fundamentales (derecho de participación, art. 7 LDOIA).

(72) Principles s. 2.05 coment. B, p. 152: «The parenting plan concept presupposes a diverse range of child rearing arrangements and rejects any pre-established set of statutory choices about what arrangements are best for children».

(73) Destacan la necesaria flexibilidad del plan de parentalidad GARON, Risa J. / DONNER, Danielle S. / PEACOCK, Kristin, «From Infants to Adolescents. A Developmental Approach to Parenting Plans», *Family and Conciliation Courts Review*, 38 (2) 2000, pp. 168-191.

(74) Vid. section 63C *Family Law Act 1975* de Australia: «(h) the process to be used for changing the plan to take account of the changing needs or circumstances of the child or the parties to the plan» (<www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/s63caa.html>. Fecha de la consulta: mayo de 2011).

(75) DOGC núm. 5432, de 30 de julio. En adelante, será abreviada como «LMDP».

(76) Así lo reconoce el Principle s. 2.07, p. 79: «The principles apparently contemplate that professional mediators will play a role in helping the spouses to negotiate a plan successfully».

2. Contenido del plan de parentalidad y facultad de decisión individual

En relación con el contenido del plan de parentalidad, el art. 233-9.2 CCC⁽⁷⁷⁾ establece un contenido mínimo (v. gr. lugar o lugares donde residirán los menores, períodos vacacionales, cambios de guardas, coste económico de la guarda, cómo se adoptarán las decisiones concernientes a la vida ordinaria del menor, cómo se compartirán las actividades cotidianas con el menor, etc.) a tener en cuenta que no tiene alcance exhaustivo y, por tanto, se podrán incluir otros extremos que no se mencionan en el mismo. Del contenido destaca que se refiere a asuntos que afectan a la vida diaria del menor. ¿A qué asuntos de la vida diaria se refiere el legislador? En principio, a «todos», es decir, a todos aquellos que se refieren tanto a la esfera personal como patrimonial del menor, siempre que tengan que ver con su «vida diaria». En este sentido, una buena guía la representa el derecho alemán. El § 1687 Abs. 1 BGB⁽⁷⁸⁾ regula aquellos asuntos de considerable importancia⁽⁷⁹⁾ sobre los que los titulares de la potestad parental que viven separados deben, sin embargo, decidir conjuntamente. En cambio, cuando se trate de asuntos de la vida diaria del menor que no ostentan esa considerable importancia, podrá tomar la decisión quien conviva con el menor. El propio precepto advierte que, como regla general, se consideran asuntos de la vida diaria del menor aquellos que tienen que ver con la práctica diaria de la guarda del menor que suelen acaecer cotidianamente y que no implican ningún cambio ni ningún efecto de importancia en el desarrollo de la personalidad del menor⁽⁸⁰⁾. En este sentido, la doctrina alemana establece como posibles supuestos de asuntos de la vida diaria del menor: autorizar una excursión escolar, acudir con el menor a un espectáculo público, la compra de vestido y calzado, qué programa de televisión puede ver, qué actividades en su tiempo de ocio puede desarrollar, etc.⁽⁸¹⁾. A estos asuntos —que son «todos»— añaden la realización de actos de carácter patrimonial que tengan que ver con la vida diaria del menor. La doctrina alemana pone, como ejemplo, la administración de las cantidades de dinero que tiene ahorradas el menor. En cambio, tanto la administración ordinaria como extraordinaria del patrimonio del menor, en cuanto acto de considerable relevancia, debe ser decidida por

(77) En la sección 63C de la *Family Law Act* de 1975 de Australia se regula también el «parenting plan», cuyo contenido recuerda al establecido por el legislador catalán en el precepto citado en el texto (<www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fla1975114/s63caa.html>. Fecha de la consulta: mayo de 2011).

(78) El § 1687 BGB estatuye: «(1) Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vortibergehend getrennt, so ist bei Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ihr gegenseitiges Einvernehmen erforderlich. Der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, hat die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Entscheidungen in Angelegenheiten des täglichen Lebens sind in der Regel solche, die häufig vorkommen und die keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Solange sich das Kind mit Einwilligung dieses Elternteils oder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung bei dem anderen Elternteils aufhält, hat dieser die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung. § 1629 Abs. 1 Satz 4 und § 1684 Abs. 2 Satz 1 gelten entsprechend».

(79) Y éstos son entendidos como aquellos «berechtigtes Interesse», es decir, de un «interés relevante» para el menor, en el sentido del § 1686 BGB (SCHWAB, Dieter, «Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern», p. 469).

(80) FINGER, Peter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. VIII, Familienrecht II, § 1687b, 5.ª edic., C. H. Beck, Munich, 2008, p. 1239, núm. 2; SALGO, Ludwig / STAUDINGERS, núm. 11, p. 368.

(81) SALGO, Ludwig / STAUDINGER, núm. 52, pp. 354-355; HK-LPartG/KEMPER, p. 115, núm. 10.

ambos padres⁽⁸²⁾. También se excluyen, por tratarse de asuntos de considerable importancia, asuntos tales como la formación en general y, en particular, la formación religiosa del menor, el cambio de domicilio del menor, su escolarización en un determinado colegio, cuestiones relacionadas con la salud del menor, el cambio de apellido, etc.⁽⁸³⁾.

En el derecho catalán, los «asuntos de la vida diaria del menor», en una interpretación sistemática de las normas reguladoras de la potestad parental, son asuntos que no pueden caracterizarse como «hechos relevantes» que afecten al menor, a los cuales se refiere el art. 236-12.1 CCC, regulador del deber de información entre los progenitores del menor, tengan atribuida la guarda compartida o no. Estos «hechos relevantes» tienen que ver con el cuidado del menor y con la administración de su patrimonio. En todo caso, se pueden considerar «hechos relevantes» aquellos sobre los que es necesario el consentimiento (expreso o tácito) de ambos progenitores, en caso de ejercicio de la potestad parental cuando los progenitores del menor llevan vida separada, esto es, sobre el tipo de educación y enseñanza que haya de recibir el menor⁽⁸⁴⁾, para modificar el domicilio, si ello supone apartarlo de su entorno habitual o los actos de administración extraordinaria de los bienes (art. 236-11.6 CCC).

Otros «hechos relevantes» son aquellos que suponen un «riesgo inminente» (art. 236-14.3 CCC) para el menor que obliga al adulto a actuar de forma urgente («actes de necessitat urgent», art. 236-8.2 letra c CCC). Estos hechos suelen ser, además, «hechos extraordinarios».

Así pues, existiría un *doble criterio* para considerar si un asunto pertenece a la vida diaria del menor: primero, que se trate de un asunto «no relevante» (art. 236-12.1 CCC) para la personalidad del menor y, segundo, que pertenezca al día a día, a lo cotidiano de la guarda, son «asuntos ordinarios» y no «asuntos extraordinarios». A nosotros nos parece que los actos relacionados con la administración ordinaria del patrimonio del menor, supuesto que éste lo tenga, si bien pueden tener la consideración de «hechos no relevantes» no entrarían dentro del criterio de que se trate de «asuntos que se correspondan con el día a día del menor» (asuntos ordinarios) y, consiguientemente, quedarían fuera de su ámbito de actuación. Sólo cabe la celebración de aquellos negocios jurídicos patrimoniales que comprendan ambos criterios (v. gr., la compra de una moto para el menor no será un asunto que se corresponda con el día a día de la guarda del mismo, sí en cambio la compra de material escolar, vestido o calzado)⁽⁸⁵⁾. Sea lo que fuere, deberá decidirse en atención al

(82) SCHWAB, Dieter, «Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern», p. 469; HÜBTAGE, Johanna, en SCHULZ, Werner / HAUB, Jörn, (dirs.), *Familienrecht. HandKommentar*, 1.ª edic., Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 1159, núms. 1-3.

(83) FINGER, Peter, *Münchener Kommentar*, § 1687, p. 1233, núm. 8; SCHWAB, Dieter, «Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick», pp. 394-395; SALGO, Ludwig / STAUDINGER, núms. 35-49, pp. 346-354.

(84) Se comprende aquí la formación religiosa del menor, materia en la cual este tiene derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE).

(85) En este sentido no compartimos la opinión de ANTONI BOSCH I CARRERA, para el cual, el que el autor denomina «padre de acogida» es administrador, junto al padre biológico, del patrimonio del menor («Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», en *Nous reptes del dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, pp. 265 ss.).

caso concreto, en función de los usos y el nivel de vida de cada familia⁽⁸⁶⁾. Además, habrá que tener en cuenta que el menor puede llevar a cabo por sí mismo, luego, sin necesidad de ser representado, aquellos actos relacionados con bienes o servicios propios de su edad de acuerdo con los usos sociales (art. 211-5 letra b CCC).

Dentro de los asuntos de la vida diaria del menor que deben aparecer en el plan de parentalidad destacan los siguientes: el lugar o lugares donde ha de residir el menor⁽⁸⁷⁾, qué actividades cotidianas del mismo realiza con qué padre (v. gr. ir a la escuela, actividades extraescolares, revisiones médicas, etc.), períodos de tiempo que va a pasar con cada padre, cumplimiento del deber de informar al otro padre acerca de hechos que afecten al menor, sobre todo aquellos hechos relevantes, y forma en que se tomarán las decisiones que le afecten. En este punto, surge la cuestión de si las decisiones deben tomarse de forma individual por el padre con el que en cada momento se encuentren los menores o no, o debe tomarse la decisión conjuntamente con el otro padre, puesto que el ejercicio de la patria potestad es conjunto. Las decisiones conjuntas generan unos costes de transacción que acabarán repercutiendo en el hijo menor por cuanto ralentiza la decisión a adoptar, lo que puede acabar perjudicándole.

Hay que tener en cuenta que el art. 236-11.5 CCC considera que, aunque el ejercicio de la patria potestad se ejercite en exclusiva por uno de los padres, hay determinadas decisiones que no puede tomar solo cuando se refieran a hechos relevantes o de considerable importancia para el menor, como son el tipo de enseñanza (lo que comprendería la formación religiosa del menor) a recibir por éste, el cambio de domicilio, si les aparta de su entorno familiar y los actos de administración extraordinaria de sus bienes. Para realizar estos actos necesita el consentimiento tácito o expreso del otro padre. Pues bien, si necesita este consentimiento en caso de ejercicio exclusivo de la patria potestad, con mayor razón lo necesitará cuando el ejercicio es compartido, aunque las responsabilidades inherentes al mismo, esto es, el contenido del ejercicio, sea ejecutado en exclusiva por uno de los padres. Por tanto, en el plan de parentalidad, los padres deberán decidir si ese consentimiento debe ser siempre expreso o no, o si se otorgan poderes de carácter general o especial (art. 236-9.2 CCC) que, son en todo momento, revocables.

(86) La doctrina alemana destaca la dificultad de distinguir entre aquellos asuntos que son de considerable importancia para el menor y aquellos que no lo son (SALGO, Ludwig / STAUDINGER, núms. 26-27, pp. 343-344).

(87) El legislador parece partir de la base de la dualidad de domicilios entre los cuales debe viajar el menor. El hecho de que se extinga el deber de convivencia implica, por tanto, que cada uno de los padres (ex cónyuges o ex convivientes) fije su domicilio individual en otra vivienda diferente a la que hasta entonces era la vivienda familiar (respecto de la atribución de la vivienda, vid. arts. 233-20 a 233-25 CCC). Sin embargo, también cabría la posibilidad de que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que viajan de un domicilio individual al familiar, lo que, por otra parte, nos parecería más equitativo para con los hijos. Puesto que son los padres los que se separan o se divorcian o solicitan la nulidad o se extingue su convivencia, que sean ellos los que asuman la situación de inestabilidad y no los hijos, ¿por qué queremos para los hijos lo que no queremos para nosotros como adultos? En este sentido, no me parece acertada la afirmación de la *STS de 8 de octubre de 2009* (RJ 2009/4606; sentencia comentada en *CCJC* núm. 84, septiembre-diciembre de 2010 por LAUROBA LACASA, M.^a Elena) de que la custodia compartida se basa en la inestabilidad de domicilios para los hijos menores (fundamento de derecho cuarto). ¿Y esa inestabilidad es beneficiosa para los hijos? ¿Está inspirada en el «interés del menor»? Por su parte, la *STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 2008* (RJ/2009/1449) sostuvo sorprendentemente que la opción propuesta de atribuir el uso de la vivienda familiar a la hija adolescente y que los padres se fueran alternando la convivencia con ella en la vivienda casaba mal con la institución de la guarda y custodia compartida.

Interpretado *a sensu contrario* el precepto, si para hechos relevantes que conciernen a la vida del menor se necesita el consentimiento de ambos padres, como regla general, quiere ello decir que los padres podrán decidir individualmente cuestiones de la vida diaria de aquel que de acuerdo con el uso social, las circunstancias familiares o la urgencia se llevan normalmente a cabo por una persona sola. Ello supone un ahorro de costes de transacción importante. Se echa en falta, por tanto, un artículo en la legislación catalana como el § 1687 BGB en el que se establezca un ámbito de legitimación individual para el padre que, en cada momento, ostente la guarda del menor⁽⁸⁸⁾. De hecho, esta circunstancia se observa en relación con las facultades que corresponden al cónyuge o conviviente del padre del menor en caso de familias reconstituidas (art. 236-14 CCC) cuando se trata de decidir cuestiones de la vida diaria del menor, donde no se requiere recabar la autorización del padre del menor. Pues con mayor razón debería darse en caso de que sea el propio padre el que tenga al menor en su compañía. Podría entenderse implícita esta legitimación individual en el art. 236-11.5 CCC cuando establece que las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que, en cada momento, tenga a los hijos con él. Por tanto, también el poder de decidir individualmente.

V. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR. SU REPRESENTACIÓN POR UN TERCERO INDEPENDIENTE

Cuando adviene una crisis matrimonial o convivencial se deben decidir diversas cuestiones tanto de carácter personal como patrimonial (v. gr. atribución del uso de la vivienda familiar, liquidación del régimen económico-matrimonial, pensión compensatoria o, en el derecho catalán, en el caso del régimen de separación de bienes, la compensación económica, etc.) que hacen difícil discernir las diferentes relaciones jurídicas existentes y los sujetos en ellas implicados⁽⁸⁹⁾. Los hijos acaban siendo un «aspecto» más a resolver junto con los otros propios de esta situación⁽⁹⁰⁾.

En esta situación jurídica «confusa» los padres son, además, representantes de los hijos menores de edad o mayores incapacitados, por lo que no sólo deben cuidarse de sus propios intereses, sino también de intereses ajenos —los de los hijos— y actuar siempre

(88) La misma norma aparece en los *European Principles of Family Law* (BOELE-WOELKI, Katharina / MARTINY, Dieter, «The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities», 8 *ERA Forum*, 2007, p. 125-143).

Principle 3:12 Daily matters, important and urgent decisions.

«(1) Parents having joint parental responsibilities should have the right to act alone with respect to daily matters.

(2) Important decisions concerning matters such as education, medical treatment, the child's residence, or the administration of his or her property should be taken jointly. In urgent cases a parent should have the right to act alone. The other parent should be informed without undue delay».

(89) La imposibilidad de discernir el rol de «espos/a» o «conviviente» y el rol de «padre/madre» al separarse o divorciarse o en la extinción de la convivencia suele darse en aquellas personas que mantienen una separación o un divorcio conflictivo [CANTÓN DUARTE, José, «Adaptación de los hijos de divorciados», en GARCÍA GARNICA, M.ª del Carmen (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 92 ss. En el mismo volumen, vid. el trabajo de RODRÍGUEZ ARREDONDO, M.ª Paz, «Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar», pp. 219-220].

(90) LEVY, Robert J., «Custody Law», p. 82.

en su beneficio. A los padres encomienda el legislador, de forma prioritaria, el cuidado del bienestar del menor (art. 236-2 CCC). Sin embargo, no parece que, en estas situaciones de crisis, los padres se encuentren en las mejores condiciones psicológicas y emocionales como para cuidarse del bienestar del menor y tomar decisiones en función de ese bienestar que, en no pocas ocasiones, acaban reduciendo en lugar de optimizando⁽⁹¹⁾. El interés del menor acaba compitiendo con el interés de los padres⁽⁹²⁾. Ello lleva a pensar que el bienestar del menor estaría mucho mejor protegido y defendido si éste tuviera una representación independiente, en estas situaciones —donde no necesariamente existe un conflicto paterno-filial que obligue a nombrar un defensor judicial— por un tercero ajeno a la situación que viven padres e hijos, lo que evitaría situaciones de captación de la voluntad de los hijos menores y haría más difícil que se diera el tristemente conocido síndrome de alienación parental⁽⁹³⁾.

Ahora bien, ¿no deberían los menores, en cuanto los padres, en relación con la extinción de su convivencia, establecen medidas que les afecten, participar activamente en las mismas? Hay que tener presente que los menores deben ser oídos en el ámbito familiar (art. 9.1 *LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*⁽⁹⁴⁾, art. 7 *LDOIA*). Si los abuelos u otros parientes, por ejemplo, deben consentir las medidas establecidas a su favor (art. 233-12 CCC) ¿con mayor razón no deberían «consentirlas» los menores a los cuales dichas medidas van a afectar? Y como éstas también cualesquiera otras medidas. ¿No tienen derecho los menores a participar en la elaboración del convenio regulador cuando, en el mismo, van a adoptarse medidas que les afecten a través del plan de parentalidad⁽⁹⁵⁾? La regulación está centrada en los adultos, en el conflicto que deben resolver y en el mismo, los menores son una pieza más que encajar. En este caso, ya no es sólo el Estado el que decide con quién se tiene que relacionar el menor, sino que son otros adultos (progenitores, abuelos, hermanos, pero sólo los mayores de edad, es decir, los adultos) los que decidirán

(91) KAGANAS, Felicity / SCLATER, Shelley D., «Contact Disputes: Narrative Constructions of Goods Parents», *Feminist Legal Studies*, 12, 2004, pp. 1-27.

(92) CHOUDRY, Shazia y FENWICK, Helen replantean el principio del interés del menor entendiendo que el operador jurídico debe comparar los intereses en conflicto en un mismo plano de igualdad y tomar la decisión que mejor lo resuelva y si esa decisión pasa por primar el interés del adulto ha de hacerlo («Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act», *OJLS* 2005, vol. 25, núm. 3, pp. 453-492). Sin embargo, si los intereses en conflicto tienen un peso similar existen razones suficientes para primar el interés del menor sobre el del adulto. Con palabras de John EEKELAAR «children are the innocent victims of the way the adults have conducted their lives. Therefore the need to weigh the respective interest according to the principle of proportionality must result in the children's interests being privileged, or prioritized, over the others» (*Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, 2006, p. 161).

(93) MIGUEL COLUMNA, Luis, «Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental», en GARCÍA GARNICA, M.ª del Carmen (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 103 ss.

(94) En adelante, será abreviada como «LOPJM» (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

(95) En la práctica, los menores acaban viviendo con aquel progenitor que los padres consideren oportuno, aunque ellos prefieran vivir con el otro. Y muchas veces se ven obligados a vivir con padres que no tienen las cualidades, ni las capacidades, para cuidarlos adecuadamente. Los jueces, como regla general, suelen aceptar lo establecido por los padres y homologan el convenio regulador, sin comprobar cuál de los padres sería más apto y estaría más capacitado para cuidar al menor. Y no siempre la guarda compartida representa la mejor solución, porque no se ha comprobado *ex ante* esa capacidad y preparación de los padres para cuidar al menor (GUGGENHEIM, Martin, «What's Wrong with Children's Rights», en SINGER, Jana B. / MURPHY, Jane C., *Resolving Family Conflicts*, Ashgate, 2008, p. 420).

cuándo, con quién y cómo deberán relacionarse los menores. Un factor que tiene una gran importancia, en esta situación, es el hecho de que el menor, cuando existe un conflicto entre adultos, como acabamos de afirmar, no esté representado por un tercero de forma independiente. Sólo lo están los adultos que presentan intereses antagónicos. El menor estará representado de forma independiente normalmente cuando el conflicto tenga que ver con él directamente (conflicto de intereses entre los padres y el menor, art. 236-201 Libro II CCCC). Así, los derechos del menor, en casos de disputas entre los padres, desaparecen, embebidos en los intereses de ellos y en un mundo de expertos que afirmarán lo que es mejor para el menor de cara a su futuro⁽⁹⁶⁾. Nos parece esencial para la efectiva aplicación y respeto de los derechos del menor, en cuestiones relacionadas con crisis matrimoniales o extinción de uniones estables de pareja, que éste tenga una representación independiente a la de los adultos en aquellos conflictos que les conciernan, lo que aparece legalmente avalado por el art. 5 del *Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 25 de enero de 1996*⁽⁹⁷⁾. Por su parte, la LOPJM permite, en el art. 9.2, esa representación independiente del menor⁽⁹⁸⁾ y el art. 6.1.1.º LEC admite la capacidad procesal de todas las personas físicas. En el caso de los menores, el art. 7.2 LEC establece que deberán comparecer en juicio «mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley». Y como el art. 9.2 LOPJM permite que representen al menor otras personas que no sean sus padres, éstas podrán comparecer en juicio en representación del menor como demandante o demandado, aunque se encuentre pendiente el proceso, si se acredita tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito (art. 13.1 LEC). Es evidente que los hijos menores tienen un interés directo y legítimo en los

(96) FORTIN, Jane, *Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era*, *The Modern Law Review*, 2006, vol. 69, núm. 3, pp. 302-303. En Estados Unidos empieza a ser frecuente que en casos de divorcio y de disputas acerca de la guarda de los menores éstos sean representados y defendidos por un tercero («guardian ad litem», «lawyer»), que es legalmente antagonista a los padres y que trata de hacer valer la voz del menor (KANDEL, Randy F., «Just Ask the Kid! Towards a Rule of Children's Choice in Custody Determinations», *University of Miami Law Review*, vol. 49, 1994/2, pp. 299-376; FEDERLE, Katherine H., «Looking Ahead: an Empowerment Perspective on the Rights of Children», *Temple Law Review*, 1995/68, pp. 1585-1605; KATZ, Sanford N., *Family Law in America*, Oxford University Press, 2003, pp. 108-109; GUGGENHEIM, Martin, «What's Wrong with Children's Rights», p. 419; LEVY, Robert J., «Custody Law», p. 83).

(97) El convenio puede consultarse en <<http://conventions.coe.int/Treaty>> (Fecha de la consulta: mayo de 2011). El art. 5 advierte: «Parties shall consider granting children additional procedural rights in relation to proceedings before a judicial authority affecting them, in particular:

- a the right to apply to be assisted by an appropriate person of their choice in order to help them express their views;
- b the right to apply themselves, or through other persons or bodies, for the appointment of a separate representative, in appropriate cases a lawyer;
- c the right to appoint their own representative;
- d the right to exercise some or all of the rights of parties to such proceedings».

(98) En efecto, el precepto advierte que: «1. En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercer este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no contravenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos al menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente».

Por su parte, el art. 17.1 LDOIA tiene un alcance más restringido, aunque contempla la posibilidad de que el menor ejercite sus derechos por sí mismo.

procesos matrimoniales o en el proceso que se entable con ocasión de la extinción de la convivencia estable en pareja, en los que se decidan cuestiones que les afecten en la esfera personal o patrimonial directamente. Además, el art. 777.5 LEC recoge la posibilidad de que la iniciativa para que el juez escuche al menor parta del propio menor (art. 236-3.2 CCC). Así pues, cabrían cuatro opciones para que el menor participe en el proceso judicial en el que se van a decidir aspectos que van a incidir en el desarrollo de su personalidad y en el ejercicio de sus derechos fundamentales: en primer lugar, que comparezca por sí mismo; en segundo lugar, que lo haga a través de la persona que el menor designe; en tercer término, que lo haga a través de sus representantes legales; y, en cuarto y último término, que lo haga a través de personas que, por su profesión⁽⁹⁹⁾ o relación de especial confianza con el menor, puedan transmitir su opinión. Además, el art. 770.4 LEC establece que, en la audiencia del menor, el juez debe garantizar que no existan interferencias de otras personas, como podrían ser los propios padres, que al estar presentes podrían coaccionar la libertad de expresión del menor⁽¹⁰⁰⁾. Sea lo que fuere, no se acaba de resolver satisfactoriamente la intervención independiente del menor en el proceso.

De todas maneras, no basta con tomar medidas «en interés del menor» (art. 233-8.3 Libro II CCC). No basta con informar y escuchar al menor (art. 7.1 LDOIA, art. 9.1 LOPJM). En cuanto se adoptan medidas que van a afectar al ejercicio de sus derechos fundamentales, debería admitirse un grado mayor en la participación del menor, involucrándole en el proceso de toma de decisiones en la medida de su capacidad natural. Y este mismo planteamiento debe hacerse cuando es la autoridad judicial quien adopta las medidas, pues, como bien preceptúan el art. 9 LOPJM y el art. 7.1 LDOIA, deben ser escuchados en todo procedimiento administrativo y judicial en el que se adopten decisiones que les afecten. Luego, si esas decisiones, que adopta la autoridad judicial (o administrativa), van a afectar al ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular el menor, puesto que, en la mayoría de casos, van a condicionar o modalizar directamente el ejercicio de los mismos, ¿por qué darles solo audiencia? ¿por qué lo que no admitiríamos en relación con un adulto, es decir, que se tomen decisiones que afecten al ejercicio de sus derechos fundamentales sin su consentimiento, lo admitimos, en cambio, cuando se trata de menores?

Además, la posición del menor se reforzaría, si se hiciera efectivo su derecho a participar en la toma de decisiones que le afecten tanto respecto a la decisión de si debe existir guarda exclusiva o compartida, a las relaciones personales del menor con terceras personas (abuelos, parientes o allegados) como a cuestiones relacionadas con la realización material de la custodia que se establece, en el caso del derecho catalán, en el denominado «plan de parentalidad», en cuya confección debería poder participar de forma activa. La participación del menor que proponemos estará en función, como no puede ser de otra manera, de la capacidad natural de querer y entender del menor (art. 211-3.1 CCC). Si ésta existe y

(99) Estos profesionales pueden ser los especialistas cuyo auxilio se ha recabado por el Juez (art. 92.2 CCE, arts. 770 y 777.5 LEC), que normalmente serán miembros del equipo técnico judicial. Vid. en la doctrina procesalista MONTERO AROCA, Juan, *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del art. 92 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 207-208.

(100) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «El menor en las crisis matrimoniales de sus padres», en GARCÍA GARNICA, M.ª del Carmen (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 61.

el menor participa en la toma de decisión y se responsabiliza de los aspectos que directamente le conciernen, ayudará a que el conflicto, la crisis matrimonial o convivencial, tenga, muy probablemente, consecuencias menos perjudiciales para él, amén de que contribuirá a que la tensión y el conflicto entre los padres disminuya⁽¹⁰¹⁾. La participación del menor supone una forma de repartir los costes económicos de la decisión a adoptar entre ejercicio de las responsabilidades parentales «compartido» o «exclusivo» o, cualquier otra modalidad posible evitando así, en la medida de lo posible, tener que sufrir las externalidades de la decisión de sus padres.

Por otro lado, la práctica recogida en los estudios realizados en países como Estados Unidos o Reino Unido advierte de los efectos positivos para los menores por el hecho de estar informados en todo momento y de la seguridad que les produce el sentir que son ellos, y no sus padres, quienes toman la decisión acerca de aspectos vitales esenciales⁽¹⁰²⁾. Esto supone, consiguientemente, un cambio en la visión que se tiene de los menores como personas especialmente vulnerables y víctimas necesitadas de protección cuando sus padres se encuentran envueltos en procesos de separación, nulidad, divorcio o ruptura de la convivencia. Esta necesidad de protección lleva a impedirles, por parte de los adultos, participar en la toma de decisiones acerca de aspectos que, en la mayoría de supuestos, son esenciales para el desarrollo de su personalidad⁽¹⁰³⁾.

VI. REFLEXIONES FINALES

Debe remarcarse que no debe existir ningún modelo *a priori*, ningún modelo preestablecido, ninguna presunción o norma general a favor de un modelo determinado⁽¹⁰⁴⁾: custodia exclusiva, repartida o compartida «igualitaria»⁽¹⁰⁵⁾. Las situaciones familiares post-crisis son

(101) KAGANAS, Felicity / DIDUCK, Alison, «Incomplete Citizens: Changing Images of Post-Separation Children», *The Modern Law Review*, 67 (6) 2004, pp. 959-981.

(102) KELLY, J. B. / LAMB, M. E., «Children's adjustment following divorce: Risk and resilience perspectives», *Family Relations: Interdisciplinary Journal of Applied Family Studies*, 52 (2003), pp. 352-362. Recogen estas ideas CANTÓN DUARTE, Juan, «Adaptación», p. 93; RODRÍGUEZ ARREDONDO, M.ª Paz, «Padres de primera y segunda categoría», pp. 220-221. A la misma conclusión llegan, para Noruega, SKJØRTEN, Kristin / BARLIND-HAUG, Rolf, «The involvement of children in decision about shared residence», *International Journal of Law, Policy and the Family* 21 (2007), pp. 373-385.

(103) KAGANAS, Felicity / SCLATER, Shelley D., «Contact Disputes», pp. 3-4.

(104) Revelador es el dato de que en Estados Unidos, donde la mayoría de Estados han incorporado una presunción a favor de la *joint custody* y de los *parenting plans*, los estudios sociológicos realizados han demostrado que ello no ha revertido en una mayor participación del padre en el cuidado de los hijos (DOUGLAS, Emily M., «The Impact of a Presumption for Joint Legal Custody on Father Involvement», *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 39-1/2, 2003, pp. 1-10).

(105) MELLI, Marygold S. / BROWN, Patricia R., «Exploring a new family form – the shared time family», *International Journal of Law, Policy and the Family* 22, (2008), pp. 231-269. Las autoras, tras el estudio empírico que llevan a cabo con diferentes familias, concluyen que no existen diferencias sustanciales entre situaciones de custodia exclusiva y de custodia compartida. En muchos casos, la opción por la custodia compartida responde más a una moda social en la actual sociedad «líquida» que a un cambio legislativo (BAUMAN, Zygmunt, *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica, 4.ª reimpr., México DF, 2008). Mi suspicacia frente a la custodia compartida no va dirigida tanto a lo que postula como a la prepotencia con la cual se presenta como la única custodia posible y adecuada para el menor.

tan heterogéneas y complejas⁽¹⁰⁶⁾ como lo son las familias, en situación de pre-crisis, de suerte que se pueden encontrar menores en guarda exclusiva que llevan una vida estable y que son felices, y menores en custodia compartida que también lo son. Lo importante para el menor, lo que redunda en su bienestar, es que éste mantenga el contacto, si así lo decide⁽¹⁰⁷⁾, con ambos padres⁽¹⁰⁸⁾, y sobre todo, lo importante es la calidad de ese contacto, lo cual se puede conseguir con la custodia exclusiva y un régimen de visitas más o menos amplio, con posibilidades de pernocta, con una custodia compartida «no igualitaria»⁽¹⁰⁹⁾ o cualquier otra modalidad. Conviene destacar la *Family Law Act 1996*⁽¹¹⁰⁾, en cuya sección 11 (4) C se establece que un principio general del bienestar del menor es la continuidad, en el sentido de regularidad, en la relación con aquellos que han tenido responsabilidades parentales sobre él —incluido el *stepparent*—, así como la relación con otros miembros de la familia.

De hecho, no existe en la realidad social un consenso mayoritario y significativo de los problemas fundamentales que afectan a los hijos de padres separados o divorciados⁽¹¹¹⁾, lo que hace pensar en las cautelas que debe adoptar el legislador a la hora de establecer modelos de familia. Todavía son necesarias quizá más investigaciones psicosociales⁽¹¹²⁾ que permitan analizar mejor el impacto en los menores de la posible situación conflictiva que puede y suele rodear a la crisis matrimonial para poder establecer un modelo legal en torno a la custodia de estos menores⁽¹¹³⁾. Sin embargo, sí afirman los expertos que a mayor

(106) ESTIN, Anne L., «Bonding after Divorce: Comments on joint custody: bonding and monitoring theories», 73 *Ind. L.J.*, pp. 441 ss. Esta autora nos muestra a través de su experiencia forense la diversidad de situaciones familiares post-divorcio.

(107) Uno de los argumentos esgrimidos por los defensores de la custodia compartida es el «derecho del menor a tener contacto con ambos padres» (JEPESEN DE BOER, C. G., *Joint Parental Authority*, Intersentia, Antwerpen / Oxford / Portland, 2008, pp. 5 ss.). A nuestro modo de ver, en realidad, se trataría del «derecho del menor a decidir tener contacto con ambos padres» (vid. nuestras reflexiones al respecto en NAVAS NAVARRO, Susana, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas», pp. 660 ss.).

(108) En caso de custodia exclusiva de la madre, destaca la importancia de mantener el contacto con el padre MORGADO, Beatriz, «La relación con el padre tras el divorcio: la mirada de niños y niñas», *Estudios de Psicología*, 2010, 31 (1), pp. 39-51.

(109) CANTÓN DUARTE, Juan, «Adaptación», p. 99; LAING, Karen, «Doing the right thing», p. 171; VAN KRIEKEN, Robert, «The Best Interests of the Child and Parental Separation: on the Civilizing of Parents», 68 (1) *MLR*, 2005, p. 38.

(110) <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/section/11>>. Fecha de consulta: mayo de 2011.

(111) BECERRIL RUIZ, Diego, «La adaptación a la ruptura: percepción social de los efectos» en GARCÍA GARNICA, M.ª del Carmen (dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 83. El autor destaca cómo de una muestra de 2.057 personas encuestadas sólo el 27,2% consideraba que las carencias afectivas y la necesidad de mantener el contacto con los dos padres eran problemas que les afectaban como hijos por el divorcio o la separación.

(112) GILMORE, Stephen destaca los resultados contradictorios de las investigaciones llevadas a cabo, que hacen que el legislador deba ser mucho más cauto a la hora de proponer cambios legislativos con base en las mismas, puesto que no son definitivas («Contact/Shared Residence», pp. 360-361). En este mismo sentido, vid. KELLY, Robert F. / WARD, Shawn L., «Allocating custodial responsibilities at divorce», pp. 364-365. De hecho, la introducción en Australia de la custodia compartida en 1995 se debió a las reivindicaciones de los padres cuando la custodia exclusiva de los hijos la tenía la madre, sin que se hubieran hecho estudios empíricos que avalaran la decisión. Los estudios se hicieron después (RHOADES, Helen / BOYD, Susan B., «Reforming Custody Laws: A Comparative Study», pp. 120-125).

(113) EEKELAAR, John recuerda que «the empirical evidence does not support the idea that the mere fact that a child maintains contact with a parent who is not living in the home, or that the child spends equal time with both parents after they have separated, is beneficial for the child. Too much depends on the circumstances. If they become

participación del menor en la toma de decisiones al respecto, mayor será su estabilidad, seguridad y satisfacción posterior con el resultado alcanzado⁽¹¹⁴⁾.

En este sentido, no me parece acertado que el legislador estatal haya establecido en el art. 92.8 CC que «excepcionalmente» se podrá acordar la guarda compartida, como tampoco me parecería acertado que hiciera lo contrario. O que establezca como regla general la guarda exclusiva (art. 92.1 CC). Por las mismas razones, no me parece acertado que el legislador catalán haya adoptado como modelo la guarda compartida (art. 233-8 CCC) o la legislación aragonesa, concretamente la *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*⁽¹¹⁵⁾, cuyo título ya indica claramente la intención del legislador de solucionar un conflicto entre adultos, el objeto del cual es un menor. Esta norma, como se conoce, aparece refundida en los arts. 77 y ss. del *Código del Derecho foral de Aragón* recientemente publicado⁽¹¹⁶⁾.

El legislador no debe crear ni imponer, ni siquiera impulsar, ningún modelo, sino que debe reflejar los cambios sociales y no imponerlos, porque los efectos que quiere que acaezcan con la imposición de un modelo, en este caso, la guarda compartida, serán inferiores a los esperados ya que dependerán de los hábitos de vida, roles y experiencias pasadas de los padres. Sin embargo, el Estado se involucra profundamente en la organización de las relaciones personales de los menores utilizando como «razón» el bienestar e interés de éstos, pero, en realidad, sirve a otro interés, el de los adultos o el supuesto interés general de la sociedad. Debería existir un ámbito privativo de la familia donde no existan interferencias del Estado⁽¹¹⁷⁾. Está en juego la libertad y la responsabilidad individual de los padres y de los menores.

Si el legislador quiere realmente obtener el efecto de la guarda compartida, debe actuar antes, en la situación pre-crisis, cuando existe todavía estabilidad familiar para que cuando sobrevenga la crisis se den los efectos esperados. Eso supone que previamente deben compartir ya los padres los deberes propios del contenido de la patria potestad, para que después siga siendo así. Una forma de coadyuvar a que los cambios sociales acaezcan con anterioridad, en la fase de estabilidad familiar, puede ser mediante una modificación legislativa que incorpore de forma activa los derechos del menor y, en concreto, el derecho a participar del menor en la familia en la regulación de la patria potestad⁽¹¹⁸⁾ y en las medidas a adoptar en caso de nulidad, separación judicial o divorcio o extinción de la convivencia,

occasions for conflict, they cease to benefit the children, for it is widely agreed that over parental conflict is damaging to children» (*Family Law and Personal Life*, Oxford University Press, 2006, p. 125).

(114) GILMORE, Stephen, «Contact/Sjared Residence», pp. 362 ss.

(115) BOE núm. 151, de 22 de junio de 2010.

(116) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011).

(117) En este sentido, DWYER, James G., *The Relationship Rights of Children*, p. 67.

(118) El ejercicio de los derechos del menor en caso de vida separada de los padres y las cuestiones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad deberían llevar al legislador estatal a modificar la regulación de ésta y especialmente los arts. 156 y 159 CCE (vid. en este sentido, criticando la reforma del CC en 2005, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz / OTERO CRESPO, Marta, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», <<http://www.custodiareponsable.org>>).

en lugar de hacer una referencia genérica a que el menor deberá ser oído involucrarlo en el proceso de toma de decisiones que le afecten. Además, se evitaría la duplicidad de regulaciones.

Se trata de incorporar los derechos del menor al CC, crítica que también puede hacerse extensiva al derecho catalán⁽¹¹⁹⁾, lo que implica un cambio de modelo, de paradigma, en la familia. Su participación en la toma de decisiones en el seno de la familia traerá más participación igualitaria de los dos padres y, consiguientemente, que resulte normal, por un lado, la participación del menor en la gestión de la crisis matrimonial y, por otro lado, que después los padres sigan compartiendo los asuntos de la vida diaria del menor. Debe darse un cambio de paradigma en la representación mental de los adultos en relación con los derechos del menor con la consiguiente aplicación práctica de los mismos, y a ello puede contribuir el derecho incorporando los derechos del menor en todas aquellas áreas jurídicas que les afecten. El intento del legislador por articular las diferentes áreas del derecho que involucran derechos fundamentales de los menores es actualmente mínimo⁽¹²⁰⁾.

Desde un punto de vista práctico, debería considerarse la posibilidad de elaborar programas para padres que se divorcian, se separan o cuya convivencia se extingue con el fin de que adquieran lo que en el derecho anglosajón se denominan «parenting skills», con la finalidad de que puedan renegociar toda la situación familiar diferenciando roles y recibiendo información acerca de los derechos de sus hijos, de suerte que se sensibilicen con ellos y actúen de forma responsable⁽¹²¹⁾. La mediación no serviría tanto a este fin por cuanto el mediador debe ser imparcial y neutral, no puede implicarse, ni proponer soluciones (art. 6 LMDP), que es precisamente lo contrario a lo que debería hacerse en los programas para padres que deben afrontar una crisis matrimonial o de pareja.

(119) El art. 5.2 LDOIA establece una norma que debería hacer cambiar radicalmente la perspectiva del legislador. La norma dispone que «les normes i les polítiques públiques han d'ésser avaluades des de la perspectiva dels infants i els adolescents, per garantir que inclouen els objectius i les accions pertinents adreçats a satisfer l'interès superior d'aquestes persones. Els infants i els adolescents han de participar activament en aquesta avaluació». Basta simplemente con echar un vistazo al Libro II CCC para darse cuenta rápidamente de que esta norma, que entró en vigor en junio de 2010, no se ha tenido en cuenta en aquel, que entró en vigor después.

(120) BAINHAM, Andrew, «Can we Protect Children and Protect their Rights?», *Family Law*, 2002, p. 280; FORTIN, Jane, «Accommodating», p. 300.

(121) En USA, Australia y Canadá se compele a los padres para que acudan a clases donde se les sensibiliza con los derechos de los menores para que puedan llevar la crisis de pareja lo más civilizadamente posible (para el primer país citado, vid. GARON, Risa J. / DONNER, Danielle S. / PEACOCK, Kristin, «From Infants to Adolescents. A Developmental Approach to Parenting Plans», pp. 168-191; SCHEPARD, Andrew, «Law and Children. ALI's Approximation Rule for Child Custody Disputes», 2004 *N.Y.L.J.* 3, pp. 19-21). En Inglaterra existe un documento denominado «Making Contact Work» que persigue los mismos fines (KAGANAS, Felicity / SCLATER, Shelley D., «Contact Disputes», pp. 1-27).

ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER⁽¹⁾

BLANCA SILLERO CROVETTO

Profesora Titular Derecho Civil. Universidad de Málaga

RESUMEN

Análisis y evaluación de las competencias civiles de los juzgados de violencia sobre la mujer

La violencia sin duda, en muchos casos se desarrolla precisamente en los ámbitos familiar e íntimo de la persona o de la unidad familiar, y afecta directa o indirectamente a todas las personas que conforman el grupo familiar, especialmente, y además de a la mujer, a los hijos que conviven con la víctima y el agresor, por lo que es necesario superar las reticencias de los Tribunales a considerar la influencia de la violencia en la que vive la familia a la hora de adoptar medidas civiles y denunciar que en numerosas ocasiones en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no se le da la importancia que merece a la adopción de dichas medidas. Conclusión que planteamos como consecuencia del análisis de los datos registrados desde julio 2005 a abril 2011, en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004. Es por ello que, si bien la Ley Integral es un instrumento para afrontar esta terrible lacra social, debe ser aplicada por Jueces y Tribunales en toda su amplitud, y mejorada por el legislador, por lo que hay que posibilitar las reformas precisas para proporcionar una mejor respuesta institucional y social.

Palabras clave: violencia sobre la mujer, familia, grupo familiar, competencias civiles, medidas civiles.

ABSTRACT

Analysis and assessment about the civil competences of the courts of violence against women

Violence, with no doubt, occurs in many cases within the domestic or intimate ambit of the involved person or family unit, and it affects direct or indirectly to all the people that make up the family group, especially, and besides the woman, to the children that cohabit with the victim and the aggressor, for that reason it is necessary to overcome the reticence of Courts to consider the influence of the violence in which the family lives when taking civil measures and to denounce that in many occasions the Courts of Violence against Women do not give the due importance regarding the adoption of such measures. We outline this conclusion as a consequence of the analysis of the registered data from July 2005 to April 2011, in application of the Fundamental Law 1/2004. This is why, although the Integral Law is a tool to confront this terrible social curse, it must applied by Judges and Courts in all its extent, and improved by legislators, for this reason it is necessary to facilitate the precise reforms to provide a better institutional and social response.

Key words: violence against women, family, family unit, civil competences, civil measures.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

(1) El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto «Multiculturalidad, Género y Derecho DER2009-08297» del Ministerio de Ciencia e Innovación.

III. ALCANCE DE LA COMPETENCIA CIVIL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

1. Procedimientos de filiación, maternidad y paternidad.
2. Procedimientos de nulidad, separación y divorcio.
3. Procedimientos que versen sobre relaciones paterno-filiales.
4. Procedimientos que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
5. Procedimientos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
6. Procedimientos que versan sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
7. Procedimientos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

IV. OTROS SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EN LA NORMA.

V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia hacia la mujer, o violencia de género, sin olvidar la cifra de 53 mujeres asesinadas en lo que va de año⁽²⁾, excede en los términos en que se define en la actualidad del ámbito doméstico por cuanto no tiene que estar necesariamente vinculada a las relaciones familiares, conyugales o de pareja⁽³⁾. Aunque sin duda, en muchos casos se desarrolla precisamente en los ámbitos familiar e íntimo de la persona o de la unidad familiar, y afecta directa o indirectamente a todas las personas que conforman el grupo familiar; especialmente, y además de a la mujer, a los hijos que conviven con la víctima y el agresor⁽⁴⁾.

Es por este motivo que, lejos de limitarse a una cuestión de orden público que correspondería tratar a ramas del Derecho Público, fundamentalmente Derecho Penal y Derecho Administrativo, la tarea de organizar los instrumentos jurídicos adecuados para luchar

(2) A fecha de 11 de octubre de 2011.

(3) En esta línea se expresa el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, que define su objeto como: «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Vid. LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y Derecho Penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo. Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004», *Cuadernos de Derecho Judicial*, IX 2007, pp. 31 y ss.; *La violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, 2010; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Status personal de la violencia de género en la Ley Orgánica 1/2004 (una aproximación desde la perspectiva civil)», *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 1581 y ss.

(4) SOLÉ RESINA, J., «El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, p. 1.798.

contra la violencia de género pasa por la necesidad de efectuar un tratamiento integral adaptando, también, el ordenamiento civil a esta finalidad⁽⁵⁾.

Es en esta línea, la del tratamiento integral de la violencia de género, y con respecto a las medidas que afectan específicamente al ámbito civil, que dedicamos el presente trabajo, con el objetivo de analizar las cuestiones procesales más características, y a su vez controvertidas, de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, así como de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género. Centrándonos en los aspectos civiles de su regulación, la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y el desarrollo que ha tenido esta Ley en la práctica judicial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer desde su implantación.

1. La vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*, regula en el Título I del Libro Cuarto los procedimientos matrimoniales y de menores, junto a los de capacidad y filiación⁽⁶⁾. El capítulo primero lo dedica a las disposiciones generales aplicables a estos procesos (artículos 748 a 755) y el capítulo cuarto a los procesos matrimoniales y de menores (artículos 769 a 777). Estos preceptos adjetivos serán los que regulen los litigios civiles de los que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a tenor de lo establecido en el artículo 57 de la Ley 1/2004, que introduce el nuevo artículo 49 bis de la LEC, que en su apartado 5 determina que los procesos civiles de los que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se tramitará conforme a los procedimientos y recursos previstos en la LEC. El recurso de apelación podrá conocerlo, según el caso, una sección especializada de la Audiencia Provincial, en aquellos partidos donde lo exija el volumen de asuntos (artículo 46 Ley 1/2004)⁽⁷⁾.

2. La *Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica*, configura la orden de protección como una resolución judicial, que responde a un procedimiento sencillo y se puede obtener de forma rápida, que

(5) En el Dictamen del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 6 de enero de 2003, relativo a la «integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género», se afirma que una legislación ideal sobre la violencia doméstica tendría que combinar los recursos penales y los civiles, y añade que los recursos civiles son fundamentales, especialmente la orden de protección, que prohíbe al agresor tener contacto con la víctima y proteger su hogar y su familia, se configura como un instrumento importante en la lucha contra la violencia doméstica.

(6) En virtud de lo dispuesto en el artículo Cuarto de la *Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de agilización procesal*, se añade un apartado 3 al artículo 753 LEC que queda redactado en los siguientes términos: «3. Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal». Se introduce, pues, la preferencia en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los casos en que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Por otra parte, y según expone el Preámbulo de la Ley 37/2011, se prevé con carácter expreso la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en determinados supuestos que afecten a menores, de ahí la nueva redacción del artículo 135 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, que en particular dispone en el apartado 2 que «En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo».

(7) Vid. GUZMÁN PÉREZ, C., «La violencia de género en el Derecho Procesal vigente: Notas sobre la Ley 15/2005 de 8 de julio y la Ley 1/2004 de 28 de diciembre», *Género y Derecho. Luces y sombras en el ordenamiento jurídico español*, Málaga, 2008, pp. 303 y ss.

incorpora, conjuntamente, tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir una nueva aproximación a la víctima como las orientadas a proporcionar la seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del proceso matrimonial civil.

En el apartado 7 del artículo 2 se establece que «Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro del plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente».

3. Concretas manifestaciones de la actuación de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en el ámbito civil son:

- a) Posibilitar que los *Juzgados de Violencia sobre la Mujer* conozcan cuestiones civiles, competencias que hasta ese momento asumían los Juzgados de Primera Instancia o los Juzgados de Familia. El artículo 44 dispone en este sentido:

«2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

Los de filiación, maternidad y paternidad.

Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

Los que versen sobre relaciones paterno-filiales.

Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos o hijas menores.

Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores».

- b) La creación del *Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer*⁽⁸⁾, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en esta materia, y de una Sección equivalente en cada fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias

(8) Vid. MARTÍ CRUCHAGA, V., «La Fiscalía especial contra la violencia sobre la mujer», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Dir. Marchal Escalona, N., Pamplona, 2010, pp. 407 y ss.

Provinciales (artículos 70 a 72). Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales, y en los procesos civiles de nulidad, separación y divorcio, o que traten de la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, en los que se aleguen maltrato al cónyuge o a los hijos.

- c) El establecimiento de un conjunto de medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, compatibles con otras medidas cautelares o de garantía que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales⁽⁹⁾. Las que tiene trascendencia en el orden civil especialmente referenciadas en la Ley son:
- La autorización judicial a fin de que la persona protegida permute el uso de la vivienda familiar que le haya sido atribuida por el uso de otra vivienda, artículo 64.2.
 - Las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, artículo 65.
 - La medida de suspensión del régimen de visitas, artículo 66.
- d) Junto a ello, cabe resaltar la creación por el Consejo General del Poder Judicial el 26 de septiembre de 2002 del *Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*⁽¹⁰⁾, que está formado por representantes del Consejo General del Poder

(9) Respecto de la naturaleza jurídica de las medidas, señala SENÉS MOTILLA que «la Ley Orgánica alude indistintamente a ellas como «medidas de protección» y de «seguridad» de las víctimas, artículo 61.1, y como medidas «cautelares» y de «aseguramiento», artículo 61.2. Sin perjuicio de censurar este caos conceptual y terminológico es notorio que las medidas que se contemplan no son medidas cautelares propiamente dichas, pues su finalidad no es asegurar la presencia del inculcado a disposición judicial para la celebración del juicio y la efectividad de la sentencia condenatoria, sino la protección de la víctima y de las personas a su cargo», en «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género», *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Coord. Burgos Ladrón de Guevara, Granada, 2007, pp. 165 y ss., y «Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6644, 2007. Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y Proceso*, Valencia, 2007, p. 215; GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?», *Diario La Ley*, núm. 6716, 2007; CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M., «Medidas cautelares y su quebrantamiento», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Dir. Marchal Escalona, N., Pamplona, 2010, pp. 221 y ss.

(10) En el Informe presentado el 24 de noviembre de 2010, el Observatorio realiza un balance positivo tras cinco años de vigencia de la Ley integral contra la violencia de género, declarando que la respuesta judicial ha mejorado, presentando los siguientes datos:

- En los cinco años de vigencia de funcionamiento, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer acordaron 140.936 órdenes de protección, un 73% de las solicitadas.
- Más de 145.000 acusados fueron condenados por violencia de género por los órganos especializados.
- En tres años y medio de datos estadísticos —desde enero de 2007 hasta junio de 2010—, más de 470.000 denuncias por violencia se presentaron ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En este período las denuncias han experimentado un incremento de un 17%.
- La tendencia al alza se refleja en el ámbito civil. Ingresaron en este período 77.531 procedimientos, mayoritariamente separaciones y divorcios. El número de procedimientos registrados pasó de 4.000 en el segundo semestre de 2005 a 10.016 en el primer trimestre de 2010, lo que supone un incremento de un 127,6%. Se dictaron en este periodo 29.792 sentencias civiles. Un 97,99% de ellas han sido estimatorias. Comparando los tres últimos años completos transcurridos, el porcentaje de demandas civiles presentadas respecto del total de denuncias es de un 12,65%.
- Destaca el elevado número de medidas cautelares penales y civiles adoptadas para la protección de las mujeres víctimas de la violencia de género en este período. Más de 428.000 medidas penales y más de 104.000 civiles revelan que la tutela cautelar funciona.

Judicial, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la Fiscalía General del Estado de la Abogacía y de distintas Comunidades Autónomas con competencia en materia de Justicia⁽¹¹⁾.

Por último manejaremos el *Informe elaborado por el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial aprobado en la reunión del día 11 de enero de 2011, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan*; el *Informe* presentado el 19 de abril de 2011 por el Consejo General del Poder Judicial y el Observatorio contra la violencia doméstica y de género, *relativo a los datos de denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sentencia dictadas por los órganos jurisdiccionales en esta materia en el año 2010*, así como el relativo a los datos registrados en esta materia en el *primer trimestre del año 2011*, presentado el 7 de julio de 2011.

PROCEDIMIENTOS CIVILES INGRESADOS EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DESDE JULIO 2005 A JUNIO 2010

2.º Semestre 2005	2006	2007	2008	2009	1.º Semestre 2010	TOTAL
4.400	12.911	14.227	17.817	18.160	10.016	77.531 ⁽¹²⁾

Fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Consejo General del Poder Judicial

ASUNTOS CIVILES INGRESADOS EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL AÑO 2010

Asuntos Civiles	Divorcios no consensuados	Divorcios consensuados	Medidas previas	Medidas coetáneas	Guarda, custodia o alimentos hijos no matrimoniales	Otros ⁽¹³⁾
19.139 ⁽¹⁴⁾	5.529	913	1.656	2.295	3.610	5.136
	29%	5%	9%	12%	19%	27%

Fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Consejo General del Poder Judicial

(11) La función del Observatorio básicamente, es realizar un estudio y seguimiento de las distintas sentencias que se pronuncian sobre supuestos de violencia doméstica y de género a los efectos de poder actuar de la mejor manera posible, judicial y legislativamente. Observatorio que no se debe confundir con el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, previsto en el artículo 30 de la Ley 1/2004.

(12) El número de procedimientos civiles ingresados directamente en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ha aumentado desde el segundo semestre de 2005 hasta el primer semestre de 2010 en un 127,6%.

(13) Incluye procesos contenciosos, entre otros sobre filiación, maternidad y paternidad, relación paterno filial, nulidades matrimoniales, separación mutuo acuerdo y contenciosas, modificación de medidas o liquidación del régimen económico matrimonial.

(14) Se mantiene la baja proporción de los asuntos civiles ingresados respecto de las denuncias penales presentadas.

COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER



Fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género.
Consejo General del Poder Judicial



Fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género.
Consejo General del Poder Judicial

ASUNTOS CIVILES INGRESADOS EN LOS JUZGADOS VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2011

Asuntos Civiles	Divorcios no consensuados	Divorcios consensuados	Medidas previas	Medidas coetáneas	Guarda, custodia o alimentos hijos no matrimoniales	Otros ⁽¹⁵⁾
4.990 ⁽¹⁶⁾	1.455	217	398	589	980	1.351
	29,16%	4,35%	7,98%	11,80%	19,64%	27,07%

Fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género.
Consejo General del Poder Judicial

(15) Incluye procesos contenciosos, entre otros sobre filiación, maternidad y paternidad, relación paterno filial, nulidades matrimoniales, separación mutuo acuerdo y contenciosas, modificación de medidas o liquidación del régimen económico matrimonial.

(16) Se mantiene la baja proporción de los asuntos civiles ingresados respecto de las denuncias penales presentadas.

II. EL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

El 29 de junio de 2005 comenzaron su andadura los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, creados por el artículo 43 de la Ley Orgánica 1/2004. Fueron concebidos por el legislador como órganos especializados integrantes de la jurisdicción penal, incluyéndolos dentro de los Juzgados de Instrucción. Así se declara en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, según la cual: «En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia».

Muchas son las razones que se han expuesto para justificar esta importante decisión orgánica del legislador⁽¹⁷⁾. Fundamentalmente se han impuesto consideraciones de una mejor coordinación en el tratamiento procesal de tan delicado tema.

Los Juzgados de Violencia se regulan en los artículos 43 a 56 de la Ley Orgánica 1/2004, que han supuesto importantes modificaciones orgánicas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Planta y Demarcación Judicial. Como caracteres más importantes de este órgano jurisdiccional se pueden citar, entre otros, los siguientes:

- 1.º Se trata de un órgano jurisdiccional ordinario. Ello porque no son especiales.
- 2.º Se trata de órganos jurisdiccionales servidos por Jueces unipersonales.
- 3.º Es un órgano jurisdiccional especializado, por razón de la materia.
- 4.º Sus titulares deben tener una formación específica en materia de género (artículo 47 de la Ley Orgánica 1/2004).
- 5.º Tienen jurisdicción sobre todo el territorio de su demarcación.

(17) Vid. MONTALBÁN HUERTAS, I., «Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», en TENA FRANCO, I. (Coord.), *La violencia doméstica: Su enfoque en España y Derecho comparado*, Madrid, 2005; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Valencia, 2007; «El Juzgado de Violencia sobre la Mujer: Aspectos orgánicos y competenciales», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Granada, 2007; GISPERT POMATA, M., «Los juzgados de Violencia sobre la Mujer: Una apuesta innovadora contra el maltrato», en *Género y Derecho. Luces y sombras en el ordenamiento jurídico español*, Málaga, 2008, pp. 283 y ss.; PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F.J., «Actuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Dir. Marchal Escalona, N., Pamplona, 2010, pp. 355 y ss.

COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

6.º El Juez estará asistido por servicios forenses.

7.º *El Juzgado de Violencia sobre la Mujer tiene al mismo tiempo competencias civiles y penales*⁽¹⁸⁾.

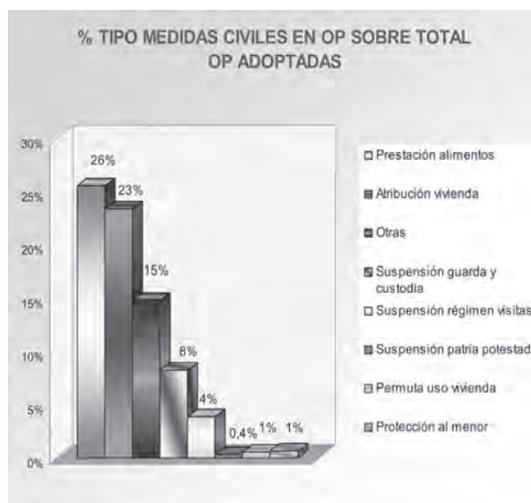
Los Juzgados de Violencia tienen, pues, competencias objetivas y funcionales civiles. Son órganos ordinarios que actúan en estos casos como si fueran jueces civiles de primera instancia o de familia, sólo que con carácter especializado.

TIPO MEDIDAS CIVILES ADOPTADAS POR LOS JVM DESDE JULIO 2005 A JUNIO 2010 TANTO A TRAVÉS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN COMO A TRAVÉS DE OTRA RESOLUCIÓN

	NATURALEZA CIVIL																	
	Atribución vivienda		Permita uso vivienda		Suspensión régimen visitas		Suspensión patria potestad		Suspensión guarda y custodia		Prestación alimentos		Protección al menor		Otras		TOTAL	
	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP	Con OP	Sin OP
2º semestre 2005	2.807	150	140	15	737	77	91	10	1.163	74	2.756	130	64	7	1.320	25	9.078	488
2006	5.458	219	147	14	1.056	45	101	18	1.993	55	5.711	242	112	6	3.022	79	17.600	678
2007	5.604	248	172	3	963	48	100	6	1.903	73	6.110	248	126	11	3.399	165	18.377	802
2008	6.606	413	171	13	1.047	64	85	4	2.371	143	7.311	386	170	61	4.557	222	22.318	1.306
2009	6.627	368	73	7	859	55	81	13	2.223	95	7.630	368	208	11	4.816	232	22.517	1.149
1º semestre 2010	2.864	213	71	0	371	24	34	1	924	35	3.278	190	117	17	1.966	115	9.625	595
TOTAL	29.966	1.611	774	52	5.033	313	492	52	10.577	475	32.796	1.564	797	113	19.080	838	99.515	5.018
	31.557	826	5.346	544	11.052	34.360	910	1.998	104.533									

Fuente: Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004, desde julio de 2005 a junio de 2010

(18) El Consejo General del Poder Judicial fue muy crítico con esta doble competencia, denunciando que con ello se crea en verdad una «suerte de jurisdicción especial por razón de sexo», afirmando que «estamos, por tanto, ante una especie de conmixtión de jurisdicciones, que tiene como resultado una jurisdicción especial, la jurisdicción de violencia sobre la mujer, un híbrido...». Vid. el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, de 24 de junio de 2004, p. 50.



Fuente: Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004, desde julio 2005 a junio 2010



Fuente: Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004, desde julio 2005 a junio 2010

MEDIDAS CIVILES DERIVADAS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN) EN EL AÑO 2010

20.276⁽¹⁹⁾. De ellas 19.373, el 96%, han sido acordadas en el ámbito de la orden de protección y el resto, 903, el 4% como medidas cautelares.

Medidas Civiles	OP	MC
Atribución de la Vivienda	5.653	299
Permuta Vivienda	165	4
Suspensión Régimen de Visitas	748	45

(19) Se mantiene la baja proporción de las medidas cautelares civiles respecto de las penales.

COMPETENCIAS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Suspensión Potestad	76	3
Suspensión Guarda y Custodia	1.798	61
Prestación Alimentos	6.550	301
Protección del Menor para evitar un peligro o un perjuicio	283	21
Otras	4.100	169

Fuente: Datos estadísticos Observatorio contra la violencia doméstica y de género.
Consejo General del Poder Judicial

MEDIDAS CIVILES DERIVADAS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN) EN EL PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 2011

4.747⁽²⁰⁾. De ellas 4.536, el 96%, han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección y el resto, 184, el 4%, como medidas cautelares.

Medidas Civiles	OP	MC
Atribución de la Vivienda	1.250	61
Permuta Vivienda	30	0
Suspensión Régimen de Visitas	198	9
Suspensión Potestad	6	0
Suspensión Guarda y Custodia	448	23
Prestación Alimentos	1.630	53
Protección del Menor para evitar un peligro o un perjuicio	56	4
Otras	945	34

Fuente: Datos estadísticos Observatorio contra la violencia doméstica y de género.
Consejo General del Poder Judicial

III. ALCANCE DE LA COMPETENCIA CIVIL DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

La atribución, por razón de coherencia, a los Juzgados de Violencia de una *vis attractiva* de las cuestiones civiles de trascendencia familiar les permite conocer en primera instancia

(20) Se mantiene la baja proporción de las medidas cautelares civiles respecto de las penales. Llamando la atención que la proporción en las medidas civiles acordadas en el primer trimestre del año 2011 coinciden exactamente con la reflejados en el año 2010.

de determinados asuntos de acuerdo con el artículo 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (añadido por el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004). Sin embargo no están recogidas en su totalidad en dicho precepto, que copia miméticamente y de forma poco crítica el artículo 748 LEC, con adiciones técnicamente defectuosas y olvido de materias importantes⁽²¹⁾.

Esta reproducción literal produce alguna que otra distorsión:

Básicamente, carece de sentido que, si la violencia de género no presupone el vínculo matrimonial, las cuestiones civiles de la ruptura de la pareja de hecho heterosexual no se incluyan expresamente en la competencia de los Juzgados de Violencia, sin perjuicio de que éstas no se tramiten por el proceso especial de familia⁽²²⁾.

(21) Si comparamos el artículo 748 LEC con el listado que recoge la Ley 1/2004, se aprecia que se han incluido los apartados e) y d) y que en el apartado b), relativo a la separación, divorcio y nulidad, no se mencionan los procedimientos de modificación de medidas al entenderse subsumidos en el apartado d). Se excluyen los procedimientos sobre capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. Según UTRERA GUTIÉRREZ, «en la tramitación parlamentaria se suprimieron las competencias que el inicial Proyecto de Ley les atribuía, así como los relativos al reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesíásticas en materia matrimonial, dada la escasa conexidad de tales procesos con la violencia de género», en «Los procesos de familia en la Violencia Doméstica. Primera aproximación», *Violencia doméstica*, Madrid, 2005, p. 85.

(22) «Sobre el concepto sociológico de “noviazgo” y la expresión “análoga relación de afectividad (a la conyugal), aun sin convivencia” de los preceptos penales, se afirma en el Informe del Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, que la violencia de género, ya sea expresada en forma de malos tratos puntuales (artículo 153.1 CP), lesiones (artículo 148.4 CP), amenazas (171.4 CP) o coacciones (172.2 CP), es sancionada específicamente en el Código Penal «cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él (el autor) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...». Esta misma expresión *«análoga relación de afectividad»* se recoge en el artículo 173.2 CP, que tipifica el delito de violencia doméstica habitual. El legislador ha querido, con ello, dar respuesta a aquellas situaciones de violencia de género en el ámbito de las relaciones afectivas o de pareja, que no habían sido contempladas específicamente por el ordenamiento penal. Se pretendía dar protección a supuestos en los que existe una especial vinculación o unión que va más allá de la simple relación de amistad, sin quedar inmersos en una unión de hecho, por falta del elemento de la convivencia. Sin embargo, la redacción vigente ha generado una enorme disparidad de criterios a la hora de interpretar a qué se refiere el legislador, qué tipo de relaciones de pareja están incluidas en dichos tipos penales, especialmente en lo que se refiere a la última expresión «aun sin convivencia», aunque la interpretación mayoritaria es la de que con ella parece aludir, en esencia, a las relaciones de noviazgo... Se considera que no resulta acertado limitar la interpretación de la expresión a las relaciones de noviazgo, a las que, de forma prácticamente unánime, se viene entendiendo que se refiere el precepto, y que es un concepto, por otra parte, tan impreciso y cambiante como sometido a diferentes apreciaciones en virtud de múltiples factores y referencias de orden sociocultural. Por el contrario, lo verdaderamente determinante a la hora de concretar las relaciones afectivas que deben entenderse incluidas es la precisión que introduce la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004, cuando determina que «el maltrato en el seno de las relaciones de pareja constituye uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona en los que suele producirse la aparición de la violencia de género», relaciones que no se reducen, en tales casos, a lo que puede entenderse como noviazgo, puesto que existen otras relaciones personales e íntimas entre un hombre y una mujer, que traspasan la mera relación de amistad, en las que pueden encontrarse presentes los mecanismos de control y dominación característicos de la violencia de género a que se refiere la Ley Integral, y en las que existe, igualmente, la especial vulnerabilidad e indefensión de la víctima. Por ello se propone ampliar el ámbito subjetivo de los preceptos mencionados, al objeto de dar mayor protección a las víctimas de la violencia de género, sustituyendo, en los tipos de violencia de género, la referencia actual por la siguiente: «... cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por cualquier otro tipo de relación afectiva de pareja, aunque no haya existido convivencia entre ellos». De admitirse la propuesta de reforma, debería extenderse igualmente al artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 (*Objeto de la Ley*) y al artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (que delimita las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer), para evitar nuevas interpretaciones «finalísticas» como las que en estos momentos se efectúan en algunos Juzgados y Tribunales.

No se han tenido en cuenta las peculiaridades y especialidades de procedimientos que reconocen los diferentes Derechos Forales.

También sería conveniente incluir la referencia a la modificación de medidas matrimoniales, mencionadas en el artículo 748 LEC y omitidas en el artículo 87 ter.2, así como la disolución del régimen económico matrimonial sin separación o divorcio (artículo 1393 CC).

Con estas modificaciones se conseguiría, de una parte, dar respuesta a las omisiones apreciadas, y de otra se evitaría la inseguridad jurídica actual que provoca, en la práctica, frecuentes cuestiones de competencia entre juzgados.

Es por ello que partimos de la necesidad de modificar la redacción del artículo 87 ter.2 LOPJ en los términos propuestos por Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género, en los siguientes términos:

«2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

Los de filiación, maternidad y paternidad.

Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio, y **modificación de medidas adoptadas en ellos, la liquidación del régimen económico matrimonial, si se disuelve en virtud de sentencia matrimonial, y los de declaración de la disolución del régimen económico matrimonial y su liquidación.**

Los que versen sobre **patria potestad, custodia, relaciones paterno y materno filiales o alimentos para los hijos e hijas menores.**

Los que tengan por objeto el reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones extranjeras de las anteriores materias.

Los que versen **sobre las medidas y consecuencias de la ruptura de una pareja de hecho, de acuerdo con el derecho civil aplicable.**

Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Los que tengan por objeto la adopción o modificación de cualesquiera otras medidas de trascendencia familiar».

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/2004 opera además con una doble técnica para otorgar la competencia civil a los Juzgados de Violencia: además de que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del mencionado artículo 87 ter, deben concurrir simultáneamente, es decir, a la vez, los siguientes requisitos:

- «b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a) del presente artículo⁽²³⁾.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género».

1. Procedimientos de filiación, maternidad y paternidad

Se trata de los procesos previstos en los artículos 764 a 768 LEC que tienen por objeto la determinación legal de la filiación, esto es, que se declare judicialmente quién es el padre o/y la madre (autor biológico de la generación), o bien la impugnación de la generación que está legalmente determinada, o sea, que se declare judicialmente que el padre no es el autor de la generación o que la madre ha realizado una suposición de parto o que su hijo/a no es tal.

Toda la regulación sustantiva de la acción de reclamación de la filiación o de la impugnación de la misma está regulada en los artículos 131 a 141 CC.

La Ley procesal también prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares de alimentos o protección de menores y sus bienes, según el artículo 768 LEC, mientras está pendiente el proceso, pudiendo, incluso, no exigirse caución para su adopción.

Aunque es cierto que la generación puede ser consecuencia de un acto de agresión contra la mujer, en cuyo caso está justificada la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia para determinar judicialmente la paternidad del agresor, no son estos los casos más usuales en este tipo de procedimiento. También podría iniciarse un proceso de este tipo cuando se descubra que la realidad de la generación biológica de un presunto hijo/a no coincide con la legalmente determinada después de que ya exista una orden de protección o denuncia formulada por la mujer y madre contra el progenitor biológico o no biológico, según el caso, en los Juzgados de Violencia, requisito éste para determinar la competencia de los mismos⁽²⁴⁾.

(23) «1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposo, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se halla producido un acto de violencia».

(24) Como pone de manifiesto VERDEJO TORRALBA, F., «no es fácil imaginar que determinadas modalidades de estos procedimientos sean tramitadas ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Los supuestos en que las acciones de reclamaciones y/o impugnaciones son viables requieren partir de que el objetivo del procedimiento es la fijación indubitada de los dos progenitores, lo que se traduce en el hecho de que al menos uno de los progenitores ha de ocupar una de las partes de la relación jurídica procesal. Si sólo es uno de los progenitores demandado o demandante, nunca pueden darse de forma simultánea los presupuestos del artículo 87 ter.3 LOPJ, y por tanto la competencia se desplaza

2. Procedimientos de nulidad, separación y divorcio

Se incluyen bajo este apartado los litigios contemplados en los artículos 770 y ss. LEC, incluyéndose, por tanto, los procedimientos contenciosos y los de mutuo acuerdo.

Esta normativa es aplicable tanto para supuestos matrimoniales como no matrimoniales pero, en este caso, solo para solicitar la guarda y custodia de hijos menores y las pensiones alimenticias que el progenitor custodio solicita del otro.

En un supuesto de violencia contra la mujer, lo primero que debe realizarse es una petición de medidas provisionales previas. Distinguiremos por ello entre los tres tipos de medidas contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. Medidas provisionales previas: el artículo 771 LEC será el que se aplique de manera inmediata cuando se pretenda demandar la nulidad, separación o divorcio. Se refiere a las denominadas Medidas Provisionales Previas a la demanda de separación, divorcio o nulidad que pueden instarse ante los Juzgados de Primera Instancia o de Familia (en las ciudades en las que éstos existen) del lugar donde tenga el domicilio el interesado/a, sin necesidad de abogado y procurador, aunque sí necesitará esta asistencia para todo escrito y actuación posterior⁽²⁵⁾.

necesariamente al Juzgado de Familia. Este supuesto va a ser uno de los más frecuentes en los procedimientos sobre filiación». «Competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Presupuestos de atribución de competencias y límites objetivos funcionales y territoriales», *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley orgánica 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, p. 242.

(25) Dentro del Título II de la Ley Orgánica 1/2004, dedicado a los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, se contienen en el Capítulo I los derechos a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita, artículos 17 a 20. «De especial importancia se considera», según el Informe elaborado por el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género, «que las víctimas de violencia de género tengan asistencia jurídica con carácter previo a la interposición de la denuncia, con la finalidad de que conozcan y sean informadas de sus derechos, de los trámites a seguir en un procedimiento, de la colaboración que de ellas requiere el proceso, de los efectos que un proceso penal tiene para el agresor, para la denunciante y para sus hijos menores, y del resto de los extremos que para ellas son relevantes de tal forma que se evite un desencuentro entre sus expectativas y los efectos del proceso penal. Asimismo se considera conveniente que se garantice que el letrado o letrada que asesore y asista a la víctima continúe prestando la asistencia a lo largo de todo el procedimiento y en otros procedimientos que, relacionados con la materia, pueda tener la perjudicada. Superar las disfunciones producidas en la práctica, en la que conviven más de un letrado o letrada en los procesos civiles y penales, incluso en los procesos penales, si se ha iniciado más de uno, no solo proporciona un mejor conocimiento de la situación real al profesional sino que evita también la victimización secundaria, obviando inútiles reiteraciones y facilitando una mayor confianza de la víctima en su asistencia letrada». La formación de los Abogados en esta materia, así como garantizar una asistencia letrada inmediata, son igualmente preocupaciones que llevan a proponer a este Grupo la modificación del **artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, relativo a la asistencia jurídica**, en los términos que incluimos en negrita: «1. Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a **asesoramiento jurídico previo a que comience el procedimiento, asistencia, la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en todos los procesos y trámites cualquiera que sea la jurisdicción, así como en los procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos una misma dirección letrada asumirá el asesoramiento, asistencia y defensa de la víctima desde la primera entrevista e inicio del proceso o procedimiento hasta su finalización, y en los distintos procedimientos que se tramiten.** 2. En todo caso, cuando se trate de garantizar el **asesoramiento previo**, la asistencia jurídica y defensa a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. 3. Los Colegios de Abogados exigirán para el ejercicio del turno de oficio en esta materia cursos de especialización, asegurando una formación específica, **homogénea y continua** que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género. 4. Igualmente, los Colegios

Si ya ha existido una orden de protección o han existido actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia contra la mujer, entenderá el Juzgado de Violencia.

En el caso de que no se haya realizado ninguna de las actuaciones mencionadas anteriormente, pero existen razones de urgencia o necesidad como podría ser una previsible situación futura de malos tratos o de violencia doméstica, ya sea entre los adultos o si abarca a los hijos menores, éste es el procedimiento que deberá iniciarse por los cónyuges o por los progenitores de los hijos menores de edad⁽²⁶⁾. No es necesario que se acrediten razones de urgencia según los artículos 104 CC y 771 LEC y el Juzgado debe, en todo caso, resolver sobre las peticiones.

Debe tenerse en cuenta que las medidas previas, adoptadas mediante auto, solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta demanda de nulidad, separación o divorcio o la petición de medidas definitivas en las relaciones paterno-filiales.

Si estas medidas previas, en cuyo contenido nos detendremos más adelante, hubieran sido adoptadas con ocasión de la solicitud de una orden de protección⁽²⁷⁾, deben distinguirse dos supuestos previstos en el artículo 544 ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: a) Si en el plazo de treinta días no se hubiera iniciado a instancia de la víctima un proceso civil, estas medidas quedarán sin efecto; b) Si en dicho plazo se hubiera incoado el procedimiento civil, las medidas subsistirán durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda y en este término deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Violencia sobre la Mujer⁽²⁸⁾.

de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género **de tal forma que la defensa sea inmediata, para lo cual se efectuará la dotación suficiente del turno que corresponda**».

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se contempla esta materia en el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, dedicando el Capítulo V a las «Singularidades del procedimiento en materia de violencia de género», artículos 26 a 30.

(26) No será preciso el transcurso del plazo de tres meses para la interposición de la demanda de separación o divorcio cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, artículos 81 y 86 del Código Civil. El artículo 770 de la LEC dispone que, «en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio».

(27) El artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal articula un procedimiento judicial sencillo y rápido, que se concreta en la celebración de una audiencia urgente, con la importante participación activa del Ministerio Fiscal, quien está llamado a desempeñar un papel destacado en la solicitud de medidas tanto de carácter civil como penal, cuando existen menores o incapaces. Según el apartado 5, «La orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección, que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública». Vid. GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas civiles ante la “violencia” contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la Orden de Protección», *Diario La Ley*, n.º 6401, 16 de junio de 2004.

(28) En violencia de género la referencia al Juez de Primera Instancia lo es al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

La adopción de medidas civiles en una orden de protección nos plantea las siguientes cuestiones: a) El plazo de vigencia de la misma; b) La posibilidad o no de recurrir las medidas civiles adoptadas.

En primer término, y respecto del plazo de vigencia de la misma, debe entenderse ¿días naturales o días hábiles? La cuestión a resolver es si esos treinta días de duración de las medidas civiles deben entenderse como días hábiles, en cuyo caso deberán excluirse los sábados, domingos, festivos y demás días inhábiles, o por el contrario si se trata de días naturales, a contar de fecha a fecha. La cuestión no es pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, si bien la mayor parte de la misma entiende que se trataría de días hábiles, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 130.1 y 133.2 LEC, a cuyo tenor: «En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles»⁽²⁹⁾.

La segunda cuestión alude a la posibilidad o no de recurrir las medidas civiles adoptadas en una orden de protección. En este sentido, y según Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de mayo de 2007, es obvio la inutilidad de la admisión del recurso de apelación contra este tipo de medidas, dado el escaso período de vigencia que van a tener, de manera que por apreciar identidad de razón, en aplicación analógica de la norma prevista para el supuesto regulado en el artículo 771 LEC, que establece la irrecurribilidad de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio que, al igual que las medidas que ahora nos ocupan, regularán la forma de organizarse las partes en situación de crisis matrimoniales, y que, asimismo, tienen una vigencia de treinta días hasta que se presente la correspondiente demanda. De ello se derivaría que las medidas civiles adoptadas junto con una orden de protección no son recurribles. En los mismos términos se manifiesta el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género⁽³⁰⁾, afirmando que «debería clarificarse que las medidas civiles de la orden de protección, que cumplen la misma función que las medidas previas del artículo 771 LEC, están sujetas al mismo régimen de recurso, es decir, que no cabe recurso contra ellas, según el artículo 771.4 LEC. Resulta absurdo que su adopción por vía penal pudiera modificar el criterio general. Proponiendo que en el apartado 7 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se contemplara expresamente que «Contra el auto que adopte esas medidas no cabrá recurso alguno». También, añade, conviene rectificar la referencia la «Juez de Primera Instancia» en el artículo 544 ter 7 de manera directa, y no como hace la Disposición Adicional 12.^a de la Ley Orgánica 1/2004, que añade la Disposición Adicional 4.^a a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificando la referencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

El Ministerio Fiscal será parte en el proceso civil siempre que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, artículo 749.2 LEC. Por supuesto también lo será en el proceso penal ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

(29) No se trata de una cuestión académica, según GUTIÉRREZ ROMERO, sino de gran importancia en la práctica forense, pues en alguna ocasión ha ocurrido que se ha concedido una orden de protección con medidas civiles, entre ellas que el régimen de visitas se realice a través del punto de encuentro familiar, y cuando la fecha de inicio ha tenido lugar en el mes de julio, el punto de encuentro ha cerrado su actuación, interpretando que los treinta días son naturales y, por ende, en el mes de agosto el padre no ha podido ejercer su régimen de visitas, teniendo que esperar al mes de septiembre para reiniciar la misma, en «Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, n.º 7480, 1 de octubre de 2010.

(30) Informe aprobado en enero de 2011.

A la vista de la solicitud, dispone el artículo 771.2 LEC que «El Secretario judicial citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes, que señalará el Secretario judicial y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador. De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares». Estas medidas son las siguientes:

- La posibilidad de vivir separados y el cese de la presunción de convivencia conyugal, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica⁽³¹⁾.
- La guarda y custodia de los menores.
- El uso de la vivienda y ajuar familiares.

Para poder adoptar estas medidas cautelares inaudita altera parte, deben concurrir los siguientes requisitos:

- Una razón de urgencia que justifique la adopción de las mismas, para lo que es imprescindible que se aporte un principio de prueba sobre el peligro anunciado, riesgo de violencia y necesidad de proteger al cónyuge y a los hijos.
- La posibilidad real de oír a la otra parte contra quien se dirige la medida en el plazo más breve posible, dada la limitación y restricción de sus derechos, en especial el de defensa.

Si estas medidas hubieran sido adoptadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, además de las señaladas como urgentes por la legislación civil se pueden adoptar otras relativas al régimen de visitas, comunicación y estancias con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, artículo 544 ter.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁽³²⁾.

En cuanto al contenido y tramitación procesal de las Medidas Previas, al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la que debe regir el procedimiento, se oirán las alega-

(31) Efectos que se producen según el artículo 102 CC por ministerio de la ley, y cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

(32) Estas medidas no pueden concurrir con otras de la misma naturaleza que hayan sido dictadas previamente en un procedimiento civil. Hay que tener en cuenta que cuando se haya iniciado un procedimiento penal o solicitado una orden de protección, el Juez que esté conociendo de un procedimiento civil tiene que inhibirse y remitir los autos al Juez de Violencia sobre la Mujer, que ejercerá sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente. De manera que cabe pensar que, para el caso de que resulte necesario, la orden de protección puede modificar las medidas cautelares decretadas por el Juez de Primera Instancia o establecer otras nuevas. En este sentido hay que interpretar también la remisión al artículo 158 CC, que garantiza un plus de protección. SOLÉ RESINA, J., «El papel del Derecho Civil...», op. cit., p. 1.805.

ciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio.

Finalizada la comparecencia y la práctica de la prueba, el Tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno. El pronunciamiento deberá versar sobre los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 CC, en concreto:

«1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»⁽³³⁾.

No se podrá solicitar en estas medidas previas la privación de la patria potestad, que requiere una sentencia dictada en procedimiento contradictorio, artículo 170 CC, o su determinación en la sentencia del procedimiento principal, artículo 92.3 CC, aunque sí podrá solicitarse si concurren circunstancias graves, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya únicamente a uno de los progenitores.

Para la fijación del régimen de vistas de los menores con el progenitor no custodio deberá tenerse en cuenta el interés del menor y si existe auto de alejamiento dictado por un Juzgado de Instrucción, bien sea solo respecto al cónyuge o también respecto a los hijos. Si la orden de alejamiento es respecto al cónyuge, deberán realizarse las entregas de los hijos a través de los Puntos de Encuentro o de alguna otra manera que impida el contacto entre los cónyuges.

Las visitas se podrán limitar o suspender, conforme determina el artículo 94 CC, si existen circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial.

«2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para asegurar el derecho de cada uno.

3.^a Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las litis expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las

(33) «Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización previa.
- b) Prohibición de expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor».

garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro⁽³⁴⁾.

4.^a Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deben observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5.^a Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio».

Del análisis realizado hasta el momento llama la atención el paralelismo existente entre las medidas de naturaleza civil que pueden ser acordadas en la orden de protección de acuerdo con el artículo 544 ter LECrim. y las previstas en los tres apartados primeros del artículo 103 CC. Paralelismo que aparece en cuanto a la existencia de una situación de urgencia a la que tratan de responder ambos tipos de instrumentos; en cuanto a la temporalidad y/o provisionalidad de las medidas concretas que se adoptan y en cuanto al objeto sobre el que recaen.

Pero como ya advertimos, la Ley Orgánica contiene algunas medidas concretas de protección que se dirigen específicamente a la protección de los menores, así como la medida relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar, que afecta más directamente a la mujer y al conjunto de la familia⁽³⁵⁾.

a) En este sentido, el artículo 64.2 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que, con carácter excepcional, *el Juez podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública donde la hubiera y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen*. Contempla, así, la posibilidad de que, previa autorización judicial, el cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda —en virtud de las medidas adoptadas en la orden de Protección o de las medidas previas propias de un procedimiento matrimonial— disponga individualmente de este derecho de uso, aunque durante el tiempo y en las condiciones que se determinen; en definitiva, lo cede a cambio de otro derecho de uso sobre otra vivienda diferente. Se trata de la primera vez que se reconoce expresamente esta facultad, hasta ahora limitada por las normas dirigidas a proteger la vivienda familiar⁽³⁶⁾.

(34) «Se considerarán contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad». No se solicitarán pensiones compensatorias, ya que no están previstas en el artículo 103 CC, pero éstas sí podrán solicitarse como medida definitiva, sobre la que deberá pronunciarse la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

(35) «Su significado hay que buscarlo precisamente en esa protección que brindan a la víctima estimando que la ausencia de contacto físico y cese de la convivencia procuran una reducción importante de la conducta delictiva por parte del infractor», CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., «Medidas cautelares y su quebrantamiento», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Dir. Marchal Escalona, N., Pamplona, 2010, p. 225.

(36) Y ello en tanto que el artículo 103.2 CC no contempla la posibilidad de que el Juez faculte para permutar el derecho de uso al cónyuge a quien le es atribuido. En el caso de que se haya dictado una sentencia de nulidad, separación o divorcio, y una vez atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular como consecuencia de

Se podría afirmar que el artículo 64.2 incorpora, en el tratamiento del uso de la vivienda familiar, una nueva medida de protección y seguridad de la mujer víctima de la violencia de género, al permitir que ésta disponga de su derecho de uso cuando el cambio de vivienda pueda considerarse conveniente para su bienestar⁽³⁷⁾. Sin embargo esta medida civil ha sido adoptada por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, desde julio de 2005 a diciembre de 2009, en 703 ocasiones en el ámbito de la Orden de Protección, lo que representa menos del 1% sobre el total de las Órdenes de Protección registradas, y en el año 2010 ha sido acordada en 165 ocasiones en el ámbito de la Orden de Protección y en cuatro como medida cautelar, y en particular las cuatro ocasiones se han acordado en el segundo semestre de 2010. Datos raquíticos respecto de la trascendencia de esta medida civil en proporción con los datos registrados y que se repiten de nuevo en el primer trimestre del año 2011, al contemplarse en 30 ocasiones en el ámbito de la Orden de Protección y en ningún caso se ha acordado esta medida, en dicho plazo de tiempo, como Medida Cautelar⁽³⁸⁾.

b) Como ya advertimos, entre *las medidas de naturaleza civil directamente orientadas a proteger a los hijos que pueden ser acordadas en la Orden de Protección* se encuentran, de acuerdo con el artículo 2.7 de la Ley 27/2003, paralelo al artículo 103 CC, la «determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra disposición que se considere oportuna con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, siempre» dice la Ley, «sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 CC»⁽³⁹⁾.

la adopción de las correspondientes medidas definitivas, para disponer válidamente de la vivienda requiere el artículo 96 CC que concurra el consentimiento de ambas partes o la correspondiente autorización judicial, con la finalidad de proteger al cónyuge más necesitado. Sin embargo no parece que la protección que el CC brinda al cónyuge más necesitado pueda alcanzar la posibilidad de que el Juez lo faculte para disponer de este uso individualmente, permutándolo o cediéndolo a cambio del derecho de uso sobre otra vivienda; no parece responder la norma a esta finalidad, que por otra parte contraría el principio de indisponibilidad de la vivienda familiar que rige la normativa matrimonial (artículo 1320 CC).

(37) Con todo, esta norma no está exenta de críticas, vid. SOLÉ RESINA, J., *El papel del Derecho Civil en la lucha contra la violencia de género, Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 1.809 y ss.

(38) Vid. datos estadísticos reseñados en páginas anteriores.

(39) Dispone el artículo 158 CC que «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiese expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio del domicilio del menor.

4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

No ha tenido en cuenta la Ley 27/2003 que la protección de los menores no es una materia de competencia exclusiva del Estado y que ha sido objeto de regulación en el ámbito autonómico.

Por su parte la Ley Orgánica 1/2004 se refiere expresamente a dos tipos de medidas de protección de los menores para casos de violencia de género: contempla el artículo 65 que «El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia de los menores a que se refiera», y según el artículo 66 «El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes»⁽⁴⁰⁾.

En este punto no se puede olvidar que ya existen medidas de protección del menor, previstas en el ordenamiento civil —tanto en la regulación estatal como en la autonómica allí donde existe—. Fundamentalmente se trata de la privación de la patria potestad; la suspensión de la potestad y la limitación o suspensión del derecho de visitas y comunicación. Siendo así, parece que las medidas de protección establecidas en la Ley Orgánica 1/2004 no suponen novedades importantes respecto de las contenidas en normas generales. Concretamente el artículo 65 se refiere solamente a la posibilidad de que el Juez suspenda el ejercicio de la potestad, pero no que lo «prive» de la titularidad de la potestad, esto último solo se producirá cuando exista condena en la que se recoja como pena⁽⁴¹⁾, o bien cuando se

(40) Vid. SAN SEGUNDO MANUEL, T., «Separación y divorcio. Medidas de carácter personal», en *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Dir. Marchal Escalona, N., Pamplona, 2010, pp. 237 y ss.; ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M.ª A. y SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Valencia, 2010.

(41) Una de las novedades que presenta la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 10/1994, de 23 de noviembre, del Código Penal es la introducción de la pena de privación de la patria potestad entre las penas privativas de derechos, manteniendo la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, modificando la redacción de los siguientes artículos del Código Penal.

Artículo 33. «Son penas graves: (...) 2. (...) j) La privación de la patria potestad».

Artículo 39. «Son penas privativas de derechos: (...) j) La privación de la patria potestad».

Artículo 46. «La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la misma, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena, La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso. A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas».

Artículo 55. «La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviera prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia».

Artículo 56. «1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo la gravedad del delito, como pena accesoria, alguna o algunas de las siguientes: (...) 3.ª Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 579 de este Código».

Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Capítulo VI. Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores. Artículo 192. «(...) 3. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad».

La Asociación de Mujeres Juristas Themis, en el encuentro llevado a cabo los días 19 y 20 de noviembre de 2010, para abordar el *Tratamiento judicial de la Violencia de género en el ámbito de la pareja*, concluye que «hay que valorar de forma positiva las modificaciones realizadas en la última reforma del Código Penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de

inicie un proceso civil que tenga por objeto la privación de la patria potestad, y eso aunque en las situaciones de violencia de género a menudo se dan las condiciones que tienen que comportar la privación de la potestad por el maltratador⁽⁴²⁾.

En cuanto a la limitación o suspensión del derecho de visitas y comunicación, se trata de una facultad del Juez, y el principal debate en torno a la misma gira en determinar si el régimen de vistas debe limitarse o suspenderse automáticamente, o si por el contrario resulta precisa una ponderación sobre si existen causas que supongan un perjuicio para el menor o se le coloque en una situación de riesgo⁽⁴³⁾.

junio) en relación con las medidas de suspensión y privación de la patria potestad, que vienen a solventar las lagunas que llevaban a una inaplicación práctica por parte de los tribunales, que son absolutamente reacios a su imposición como pena accesoria», conclusión núm. 36.^a

Vid. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C., «Privación de la patria potestad y proceso penal (Comentario a la STS, 2.ª, 28-4-2006)», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007; «Notas sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, mayo, 2009.

(42) Estas medidas no deben contemplarse como sanciones al maltratador, sino como medidas a adoptar para proteger el interés superior del menor. En este sentido, señala la STS de 24 de abril de 2000 que «con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal puede resultar tipificado y sancionado), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor». La Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, recuerda que estas medidas deben ser de aplicación limitada a casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconseje, y, en el mismo sentido, GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., sostiene que, «Su adopción no puede ser automática, sino que deben ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso y, solo en los supuestos más graves y perjudiciales para los hijos menores, siempre y cuando guarden conexión con la situación de violencia de género sobre la mujer, podrá acordarse dicha medida cautelar». «Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, n.º 7480, 1 de octubre de 2010.

(43) La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 establece al respecto: «Más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que, en ocasiones, deberá suspenderse; en otras, limitarse y, en otras, establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda al hecho de que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer». En la doctrina encontramos opiniones que sostienen que la regla general en estos procesos deberá ser la suspensión de las visitas, vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una visión práctica*, Barcelona, 2005, pp. 148 y ss. Las asociaciones de mujeres expertas en violencia de género, de ámbito internacional y nacional (Organización Save the Children, Federación Nacional de Mujeres Separadas y Divorciadas, Asociación de Mujeres Juristas Themis, etc.) consideran que el progenitor violento no debe ejercer ningún tipo de visitas respecto de sus hijos menores por las siguientes circunstancias: 1. Los hijos que han sido expuestos a violencia de género en su ámbito familiar son siempre víctimas, junto con sus madres; 2. La violencia psicológica continúa y se prolonga indefinidamente a través de estas visitas; 3. Los hijos que han sido testigos de la violencia continúan reexperimentando el trauma durante las visitas con el agresor; 4. Se está anteponiendo el contacto entre padres e hijos, a pesar de que se haya demostrado el comportamiento violento del progenitor, permitiéndose que los derechos del padre biológico primen sobre la seguridad física y mental de los hijos; 5. Las madres que se oponen a estas visitas «son castigadas judicialmente», y se las califica como vengativas o manipuladoras; 6. El tratamiento de las secuelas físicas, emocionales y de socialización que padece el niño testigo-víctima de violencia implica la ruptura de la relación con el causante de dichos trastornos; 7. La erradicación es imposible si se mantiene la transmisión intergeneracional de la violencia, por lo que es preciso romper definitivamente con el modelo violento. Contundentes también lo son las propuestas realizadas por el Observatorio de Violencia Doméstica, alegando que «la violencia entre cónyuges, indiciariamente acreditada, debe ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos. Se argumenta que los menores son siempre víctimas de violencia psicológica y es un modo de romper el círculo o cadencia de la violencia, por la cual los menores la asumen como medio de solución de conflicto». La Asociación de Mujeres Juristas Themis «denuncia

Creemos que en este debate es esencial recordar cuál es la finalidad de este derecho y tomar como referencia la declaración realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, indicando que «debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo “graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. Se trata en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos».

Si repasamos los pronunciamientos jurisprudenciales en relación al otorgamiento o no del régimen de visitas y comunicación en supuestos de violencia⁽⁴⁴⁾, nos encontramos con supuestos en que se deniega, como en la SAP de Las Palmas de 3 de marzo de 2005, «debido a la actitud agresiva del progenitor, que lo aconsejan, no sólo por el peligro real del daño psíquico a la menor, sino también de un posible perjuicio a su integridad física»; la SAP de Valencia de 29 de junio de 2004 considera que «los delitos que ha cometido el padre no son lo suficientemente graves para privarle de la patria potestad pero sí para limitar el régimen de visitas»; la SAP de Toledo de 16 de abril de 2006 hace referencia a la denegación al padre del régimen de visitas, quien había intentado matar a la mujer clavándole un puñal en la espalda cuando tenía a su hijo en brazos...»; la SAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004 aborda una limitación del régimen de visitas debido al carácter violento del padre, sobre el cual ya habían recaído varias sentencias; en la SAP de Barcelona de 23 de septiembre de 2009 se acuerda «la suspensión del régimen de visitas entre el padre y la hija por la concurrencia de dos circunstancias: de una parte, la situación de fragilidad emocional y desequilibrio de la menor respecto a la concepción que mantiene respecto a la figura paterna, y la inevitable influencia de la experiencia traumática vivida por la madre e hija que fue denunciada en el proceso penal; de otra, también consta la dependencia del alcohol del padre»; y el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de febrero de 2011 desestima el recurso de casación, y declara que «uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre es cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por pretender el derecho de visita», por lo que *«es procedente no fijar un régimen de visitas cuando se considera probada la conducta violenta del padre, se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su día a dictar una orden de protección, que no consta que en este momento haya sido revocada, se abrieron diligencias penales, aunque se sobreyeron; la madre se ve obligada a vivir en una vivienda facilitada por la Administración en respuesta*

la inaplicación por parte de los tribunales de la posibilidad de ampliar el alejamiento a los hijos e hijas menores con suspensión automática del régimen de visitas. Lo que implica la invisibilidad de los efectos de la violencia de género en los hijos sin tener en cuenta que crecer en un hogar violento tiene para los/las menores consecuencias psicológicas negativas y, en este sentido, es una forma de maltrato psicológico según el Estudio Mundial de la Infancia del año 2007 de UNICEF). Como consecuencia de lo anterior la ampliación del alejamiento respecto de los hijos/as debería ser la generalidad y no la excepción», conclusión núm. 35, *Evaluación del tratamiento judicial de la Violencia de género en el ámbito de la pareja*, cit.

(44) VERDERA IZQUIERDO, B., «Cuestiones de Derecho de Familia ante la violencia de género», *Revista de Derecho de Familia*, n.º 47, abril-junio de 2010, pp. 73 y ss.

a las situaciones de violencia y finalmente, el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia y alimentos, que todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor».

En otros casos, a pesar de existir un maltrato hacia la madre, si éste no se ha producido directamente sobre los hijos, algunas Audiencias Provinciales no suprimen o alteran el régimen de visitas. La SAP de Lugo de 2 de febrero de 2007, debido a la existencia de una medida cautelar como orden de protección que aplicaba la Ley Integral contra la Violencia de Género y se mencionan preceptos referentes a maltratos psíquicos a los menores, no obstante lo cual «la Sala considera adecuado conceder un sistema de visitas condicionado a que se levante dicha orden de alejamiento, que se llevará a cabo en el punto de encuentro...»; la SAP de Cuenca de 11 de octubre de 2010 levanta la suspensión acordada respecto del progenitor no custodio mientras éste continúe en prisión, en cuanto «no resultan las condiciones suficientes para una total privación del derecho de comunicación entre padre e hijo. La simple invocación de la situación de privación de libertad que sufre el progenitor si no va acompañada de otras circunstancias que efectivamente representen un riesgo o simplemente atisben un eventual perjuicio para el menor, no es fundamento para denegar las vistas so riesgo de impedir la Ley Orgánica General Penitenciaria que expresamente reconoce ese derecho de comunicación, si bien con la cautela que se disponga y haga uso de las infraestructuras suficientes para garantizar la intimidad y normalidad de la comunicación. Adecuación de las visitas a las previsiones penitenciarias y a la disponibilidad del menor y de la familia paterna que pueda encargarse del traslado del niño al centro penitenciario, debiendo establecerse un máximo de una visita al mes, y todo ello sin perjuicio de que en el futuro, una vez que el padre goce del régimen de tercer grado que le posibilite los permisos y salidas del centro penitenciario y demás circunstancias que le hagan gozar de una situación de semilibertad o libertad plena, se pueda instar una modificación en el sentido de ampliar el régimen de comunicaciones y vistas con la gradualidad que se estime necesaria». Y más llamativo resulta el siguiente supuesto. El Juzgado de Majadahonda dictó en marzo de 2009 una orden de alejamiento del marido sobre su mujer, su domicilio y su lugar de trabajo, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, pero no extendió la medida cautelar hacia la hija de ambos al entender que no existían indicios de delitos contra la menor. La sentencia de divorcio del Juzgado de Instrucción n.º 7 de Majadahonda permite ahora, al ex marido, con una orden de alejamiento de 500 metros de su mujer, acudir a la vivienda donde ella reside con la hija de ambos para recogerla, llevársela durante dos horas y entregarla los días en los que se ha fijado el régimen de visitas, lo que ocurrirá dentro de tres meses, ya que hasta entonces la menor tiene que acudir tres veces por semana a un Punto de Encuentro a ver a su padre, aunque la menor tenga pánico. La mujer la ha recurrido.

Esta medida cautelar de suspensión del régimen de visitas se transforma en pena, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48.2⁽⁴⁵⁾ del Código Penal, y su aplicación sí que es pre-

(45) «La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de

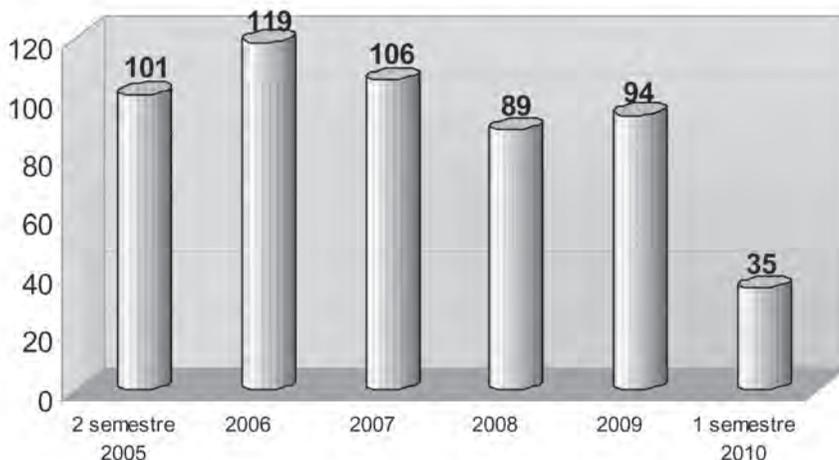
ceptiva para el órgano enjuiciador, cuando se condena por alguno de los delitos previstos en el artículo 57.2 del Código Penal.

No se puede olvidar que nos encontramos ante una medida de naturaleza cautelar que podrá mantenerse hasta el dictado de sentencia firme sin necesidad de acudir al proceso civil.

Estas últimas medidas deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con la intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa, artículo 68, pudiéndose mantener tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos, constando, en tal caso, en la sentencia, artículo 69⁽⁴⁶⁾.

Por otra parte es necesario poner de manifiesto que todas las medidas establecidas para la protección de los menores en la Ley Orgánica 1/2004 se deben hacer extensivas a los hijos mayores de edad incapacitados sometidos a la potestad de los padres, y se debe también contemplar la posibilidad de que las medidas de protección se dirijan, en su caso, a la remoción del cargo de tutor.

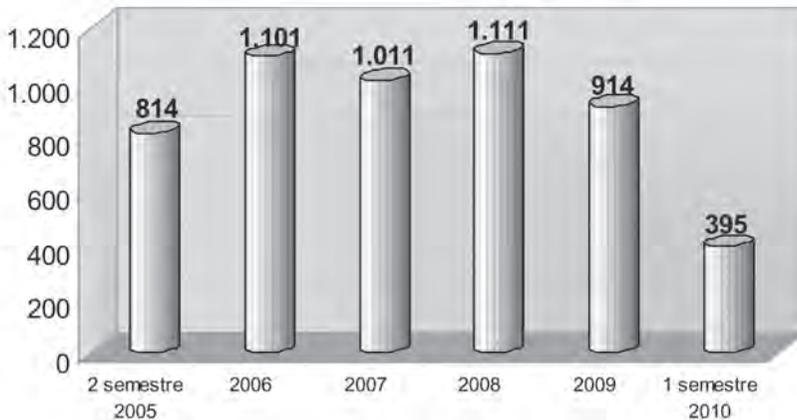
SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD



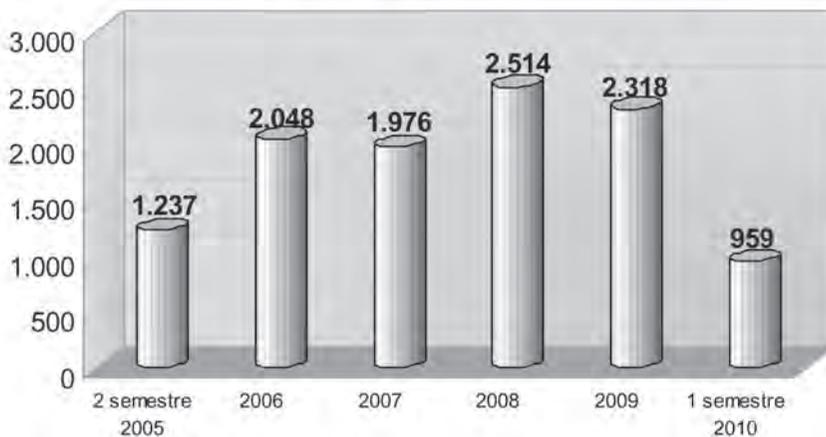
los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena».

(46) Sobre las garantías para la adopción de las medidas, vid. SENÉS MOTILLA, C., «Las medidas judiciales de protección...», cit., pp. 175-176. Es necesario poner de manifiesto que el contenido y alcance del artículo 69 de la Ley Orgánica 1/2004 permite no dejar desprotegidas a las víctimas desde que se dicta sentencia hasta la notificación de la misma al condenado o mientras se tramitan los recursos de las partes, solicitando que se haga constar en sentencia el mantenimiento de tales medidas. Conclusión núm. 19, *Evaluación del tratamiento judicial de la violencia de género en el ámbito de la pareja*, Asociación de Mujeres Juristas Themis, 2010.

SUSPENSIÓN RÉGIMEN DE VISITAS



SUSPENSIÓN GUARDA Y CUSTODIA



Fuente: Datos estadísticos judiciales en aplicación de la LO 1/2004, desde julio de 2005 a junio de 2010. Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género

2. Medidas provisionales coetáneas: si estas medidas previas no hubieran sido solicitadas o hubieran quedado sin efecto por el transcurso de los 30 días previstos, se podrán solicitar con el escrito de demanda de separación, divorcio o nulidad, las medidas provisionales del artículo 773 LEC y las medidas definitivas, que vendrán determinadas en la sentencia de separación, divorcio o nulidad, artículo 774. El contenido de las medidas provisionales es exactamente igual que el de las medidas expuestas anteriormente, artículo 103 CC.

3. Medidas definitivas: son aquellas que debe contener la sentencia de separación, divorcio o nulidad, previstas en los artículos 90 y ss. CC y que sustituirán a las acordadas

con carácter provisional. Las dos medidas definitivas que no estaban previstas en las anteriores provisionales son:

- *La disolución del régimen económico matrimonial*⁽⁴⁷⁾.
- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho, según el artículo 97 CC, a *una compensación* que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, y se determinará su importe teniendo en cuenta las circunstancias previstas en dicha norma⁽⁴⁸⁾. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

La reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo la posibilidad de prestación única y la prestación de carácter temporal, posibilidad que ya había sido admitida por el Tribunal Supremo⁽⁴⁹⁾. Por otra parte el artículo 99 CC permite que «en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero». La pensión sólo podrá ser modificada, según el artículo 100 CC, por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Y se extinguirá por el cese de la causa que la motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, artículo 101 CC, pero no por el hecho de la muerte del deudor.

Todas las medidas que se adopten deberán serlo en interés y beneficio de los menores. Hay que tener en cuenta que, por lo que respecta al pronunciamiento sobre los hijos en la sentencia de separación o divorcio, se permite la privación de la patria potestad cuando en el proceso revele causa para ello⁽⁵⁰⁾. También se prevé la posibilidad de guarda conjunta si lo solicitan ambos padres en la propuesta de convenio regulador o durante la tramitación del procedimiento o, incluso, a petición de uno solo de ellos, con informe favorable del Ministerio Fiscal, cuando el juez entienda que de esta forma se protege adecuadamente

(47) Dispone el artículo 95 CC que «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial. Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiera obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte».

(48) «1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante».

(49) SS. de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, en las que se indica que la pensión compensatoria cumple una misión reequilibradora y se admite el carácter temporal, unificando así la doctrina que existía en la jurisprudencia menor.

(50) El artículo 92 CC, redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, establece que «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (...) 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello».

el interés del menor. Para ello se podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados. Sin embargo esta guarda conjunta no procederá cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica⁽⁵¹⁾.

(51) Artículo 92 CC.

En la **Comunidad Autónoma de Aragón**, y según dispone el artículo 80, apartado 6, del **Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón»**, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, «No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

La **Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia**, prevé en el artículo 233-11.3 que, «En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas».

En la Comunidad Foral de Navarra, la **Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres**, en vigor desde el 28 de junio de 2011, dispone en su artículo 3.8 que «No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Cuando se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos».

En la **Comunidad Valenciana, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven**, que entró en vigor el 5 de mayo 2011, dispone en su artículo 5.6, lo siguiente: «Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación de régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares».

El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 19 de julio de 2011, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011 promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana. Y se hace constar que por el presidente del Gobierno se invoca el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso, el día 4 de julio de 2011.

La reforma operada por la Ley 15/2005 prevé que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 LEC para someterse a mediación. Sin embargo, según la Ley Orgánica 1/2004, en todos los casos que entienda el Juzgado de Violencia sobre la Mujer está vedada la mediación⁽⁵²⁾.

3. Procedimientos que versen sobre relaciones paterno-filiales

Se refiere a los procesos relativos a los derechos y deberes contemplados en el Título VII del Libro I del Código Civil, independientemente de la existencia o no de matrimonio entre los progenitores⁽⁵³⁾.

Son litigios que se refieren al ejercicio de la patria potestad por parte de ambos progenitores cuando no llegan a una decisión conjunta. También se decide en estos procedimientos la privación de la patria potestad y la administración de los bienes y derechos de los hijos.

4. Procedimientos que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar

No existe un procedimiento civil específico en esta materia, por ello para algunos autores se entiende que este apartado engloba un cúmulo heterogéneo de procedimientos dispares no concretados por el legislador: medidas provisionales previas o coetáneas, juicio verbal de alimentos entre parientes, visitas de abuelos, etc.⁽⁵⁴⁾. Para otros este apartado prevé aquellos procedimientos que pretenden completar o modificar las medidas adoptadas como previas, así como modificar las medidas convenidas⁽⁵⁵⁾. Otros indican que en este apartado

En la Comunidad Autónoma del País Vasco destacamos el valor de la **Ley 13/2008, de 12 diciembre, de Apoyo a las Familias (publicada en el BOE de 7 de octubre de 2011, n.º 242)**, por cuanto establece unas medidas de apoyo de carácter general pero abordando de manera singular la problemática que afecta a algunas familias en situaciones de especial vulnerabilidad, como las familias monoparentales o las familias víctimas de violencia de género o de actos terroristas, por lo que son objeto de atención preferente en esta Ley. Vid. Título I, Disposiciones Generales. Así, en el artículo 3, se establecen los «Valores fundamentales y principios inspiradores de la política familiar», contemplando el apartado 2.b) la Mediación y disponiendo que «Las administraciones públicas vascas promoverán la articulación y la aplicación de los recursos pertinentes encaminados a prevenir, disminuir o encauzar los conflictos en las relaciones familiares», y en su artículo 4, entre otros muchos objetivos, se persigue el de «prevenir y reducir los conflictos y la violencia familiar».

(52) Artículo 44, que adiciona el artículo 87 ter.5 LOPJ. En el mismo sentido el artículo 78 del «Código de Derecho Foral de Aragón» al disponer que «en ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar en los supuestos previstos en el apartado 6 del artículo 80»; y en Cataluña el artículo 233-6.1, al disponer que «Los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial, excepto en los casos de violencia familiar o machista».

(53) Disposiciones generales, artículos 154 a 161; la representación legal de los hijos, artículos 162 y 163; los bienes de los hijos y de su administración, artículos 164 a 168; de la extinción de la patria potestad, artículos 169 a 171; la adopción y otras formas de protección de menores, artículos 172 a 180.

(54) SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, J. y MOYA CASTILLA, J. M., *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género. Una visión práctica*, Barcelona, 2005, p. 130.

(55) TORO PEÑA, J. A., «Desarrollo del procedimiento en los Juzgados de Violencia contra la Mujer», en VVAA, *Manual de funcionamiento ante los Juzgados de Violencia contra la Mujer*, Madrid, 2005, pp. 88 y ss.

cabe incluir el proceso de modificación de medidas definitivas, siempre y cuando concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 87 ter LOPJ⁽⁵⁶⁾.

En cuanto a estos procesos de modificación de medidas definitivas, hay que tener en cuenta que:

1. Aun cuando la sentencia haya sido dictada por el Juzgado de Violencia, el Juzgado competente es el Juzgado de Familia o de Primera Instancia que corresponda si, cuando se presenta la demanda de modificación, ya se ha extinguido la responsabilidad penal, o se ha dictado auto de sobreseimiento o de archivo, o sentencia absolutoria. Por su carácter autónomo la competencia ha de ser examinada *ex novo*, aunque hubiesen existido actuaciones en el Juzgado de Violencia, si las responsabilidades penales hubieran quedado extinguidas o sobreseídas.

2. En el supuesto de que la sentencia de separación o divorcio se hubiese dictado por el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, será competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas el Juzgado de Violencia si, cuando se presenta la demanda o en el transcurso del procedimiento, siempre antes del acto del juicio, se produce un acto de violencia sobre la mujer del que hubiera conocido dicho Juzgado de Violencia y cuando aún no se hubiera dictado auto de archivo, sobreseimiento, sentencia absolutoria o no se hubiera extinguido la responsabilidad penal en el caso de sentencia condenatoria.

En lo que sí está mayoritariamente de acuerdo la doctrina es que en este apartado cabe incluir aquellos procesos iniciados por cualquiera de los miembros de una pareja de hecho sin hijos o con hijos mayores de edad: alimentos, la atribución del uso de la vivienda que ha constituido el domicilio familiar o, incluso, pensión compensatoria, indemnización con base en el enriquecimiento injusto, medidas cautelares y liquidación de los bienes comunes⁽⁵⁷⁾.

Esta solución genera la paradoja de que los Juzgados de Violencia, en relación con las parejas de hecho, tienen más competencias civiles que los Jueces de Familia, pues, a la vista de la redacción del artículo 770.6 LEC, los Jueces de Instancia, entre ellos los de Familia, no son competentes para conocer de estas reclamaciones económicas, que se deben hacer por el juicio declarativo correspondiente ante el juez de Instancia ordinario que por turno corresponda, observándose las normas generales de los juicios declarativos, artículos 248 y siguientes LEC.

5. Procedimientos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores

Este apartado transcribe casi literalmente el apartado 4 del artículo 748 LEC, ampara los procesos sobre medidas relativas a los hijos menores de parejas no matrimoniales, inclui-

(56) DELGADO MARTÍN, J., «La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *13 Encuentro de la Asociación de Abogados de Familia. El Derecho de Familia tras la reforma de 2005*, marzo de 2006.

(57) DELGADO MARTÍN, op. cit.; UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., «Los procesos de familia en la Ley Integral contra la Violencia de Género. Primera aproximación», en *Violencia Doméstica*, Sepin Guía Práctica. Opinión a la que se unen distintos Magistrados de Audiencias Provinciales y Jueces de Primera Instancia o de Familia, en *SepinNet Revista, Persona y Familia*, marzo de 2006, n.º 53, pp. 11 y ss.

dos los referidos al régimen de visitas, estancia y comunicación del menor con el progenitor no custodio, así como la atribución del uso del domicilio familiar si procede, al estar englobadas las necesidades de habitación en el concepto de alimentos del artículo 142 CC.

El procedimiento judicial está regulado en el artículo 753 LEC, que remite al juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandadas, emplazándolas para que la contesten en el plazo de veinte días conforme a lo establecido en el artículo 405 LEC.

Desde el punto de vista sustantivo, hay que tener en cuenta el contenido de los artículos 158 y siguientes CC, en relación a las medidas a adoptar con respecto a los menores: alimentos, vivienda, guarda y custodia, régimen de visitas, comunicación y estancia, privación o no de la patria potestad, de la guarda y custodia, etc.

Es por todo ello que el Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial ha planteado que, si la violencia de género no presupone el vínculo matrimonial, carece de sentido que las cuestiones civiles de la ruptura de las parejas de hecho heterosexuales no se incluyan expresamente en las competencias de los Juzgados de Violencia, sin perjuicio de que éstas no se tramiten por el proceso especial de familia, por lo que se propone la siguiente redacción para el artículo 87 ter.2 LOPJ:

«2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

e) **Los que versen sobre las medidas y consecuencias de ruptura de una pareja de hecho, de acuerdo con el derecho civil aplicable».**

6. Procedimientos que versan sobre la necesidad de asentimiento en la adopción

Según el artículo 177.2 CC, «Deberán asentir en la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1.º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. 2.º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1872 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto»⁽⁵⁸⁾.

(58) Hay que tener en cuenta que, con efectos desde el 8 de enero de 2001, el artículo 1827 LEC quedó expresamente derogado, a partir de ese momento es el artículo 781 LEC, cuya redacción actual dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, es la que sigue: «1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer

No es fácil pensar en supuestos en los que puedan concurrir los requisitos del artículo 87 ter, salvo que la violencia se haya ejercido sobre el propio adoptando o sobre el cónyuge adoptante ya separado. Si se dieran los requisitos, se altera la competencia objetiva para el conocimiento de este proceso de oposición, conociendo del procedimiento de adopción el correspondiente Juzgado de Violencia.

7. Procedimientos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores

Se refieren estos procedimientos a los previstos en el artículo 780 LEC, para articular la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, es decir, aun cuando la oposición a las resoluciones por instituciones públicas debería tramitarse, en principio, una vez agotada la vía administrativa, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, este artículo instaura un procedimiento especial, de naturaleza civil, cuya finalidad es la de favorecer una oposición a este tipo de resolución ante los tribunales civiles que son, en definitiva, los que en última instancia han de decidir en materia de acogimiento familiar y adopción de menores.

Son procedimientos en los que se puede pretender recuperar las funciones tutelares derivadas de la patria potestad, después de que se ha realizado una declaración de desamparo de un menor. «Situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material, y la asunción de la tutela por una entidad pública», artículo 172 CC. También en ellos se puede recurrir cualquier decisión en relación con el régimen de visitas del menor con sus progenitores⁽⁵⁹⁾.

Si se dieran los requisitos del artículo 87 ter LOPJ, la competencia para la tramitación de estos procedimientos la tendrá el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

IV. OTROS SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EN LA NORMA

Incluimos en este apartado los procedimientos de ejecución de sentencia y de liquidación del régimen económico matrimonial.

ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el Secretario judicial se dictará decreto dando por finalizado el trámite, decreto que será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate».

(59) El procedimiento prevé que se presentará un escrito inicial en el que sucintamente se expresará la pretensión y la resolución a que se opone. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. Una vez recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al acto por veinte días para que se presente la demanda, que se tramitará de acuerdo a lo previsto en el artículo 753 LEC, esto es, juicio verbal. Hay que tener en cuenta la reforma operada en este precepto en virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en cuanto ha añadido un nuevo apartado 3 que introduce la preferencia en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los casos en que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Respecto al primero, debe acudir al artículo 545.1 LEC, que determina que la competencia para la ejecución de las resoluciones judiciales corresponde al Tribunal que conoció del asunto en primera instancia⁽⁶⁰⁾. Por tanto si en alguno de los procedimientos civiles que se han expuesto en los apartados anteriores entendió el Juzgado de Violencia, la competencia para conocer sobre la ejecución de las resoluciones judiciales corresponderá a éste. Sin embargo, si actuaron los Juzgados de Primera Instancia o de Familia, serán éstos los competentes.

En cuanto a los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, no existe unanimidad de criterios. La cuestión se plantea en torno a si el régimen aplicable es el contenido en el artículo 807 LEC; esto es, si el Juzgado de Violencia dictó la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, será el único competente para tramitar el procedimiento de liquidación del régimen matrimonial⁽⁶¹⁾. Si la sentencia la hubiera dictado el Juzgado de Primera Instancia o de Familia, será éste el competente aun cuando hubiera un acto de violencia con posterioridad a la firmeza de la sentencia dictada. Especificando que, cuando se ha iniciado un procedimiento de separación en el Juzgado de Familia o de Primera Instancia, e iniciado al mismo tiempo el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, si antes de iniciarse el juicio se produce un hecho de violencia, el Juzgado de Familia o de Primera Instancia se inhibirá a favor del Juzgado de Violencia, si bien continuará conociendo del procedimiento de liquidación si ya se ha iniciado la comparecencia de inventario.

Frente a esta posición cabe defender que el procedimiento de liquidación no se encuentra comprendido en la relación del número 2 del artículo 87 ter LOPJ y que, por tanto, no sería en ningún caso competencia del Juzgado de Violencia. A lo que hay que añadir que el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales no deriva sólo de la separación, divorcio o nulidad, sino también puede provenir de los supuestos contemplados en el artículo 1393 CC⁽⁶²⁾.

Encontramos dos resoluciones de las Audiencias Provinciales que se han inclinado por esta posición:

(60) Las más usuales son la actualización de pensiones alimenticias o compensatorias, reclamaciones de pensiones impagadas o gastos extraordinarios, incumplimiento del régimen de visitas, etc. Vid. la nueva redacción dada al artículo 545. 1 y 2 LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal por la implantación de la nueva Oficina judicial.

(61) El criterio adoptado por los Magistrados de las Secciones Especializadas en materia de Violencia de Género, con fundamento en el artículo 807 LEC, es considerar «competente para conocer del procedimiento de liquidación al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquél ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil», por tanto si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer dictó la sentencia matrimonial que disolvió la sociedad de gananciales, será competente para tramitar el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. F. VERDEJO TORRALBA mantiene una posición contraria, pues no discutiendo el contenido del artículo 807 LEC, «ello no justifica la ampliación de competencia de estos órganos judiciales, se trata de un procedimiento que tiene plena autonomía, completamente desvinculado de la separación, divorcio o nulidad, y a mayor abundamiento, de admitir esta solución, se estaría ante soluciones «dispares» situando a determinadas Comunidades autónomas en un plano de desigualdad», «Competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Presupuestos de atribución de competencias y límites objetivos funcionales y territoriales»; *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley orgánica 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, pp. 248 y ss.

(62) Dispone el artículo 1393 CC que «También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

«El Juzgado de Violencia resulta competente para tramitar el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al tratarse de una competencia por conexión prevista en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, Auto de 23 de febrero de 2007.

«Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales no figure entre los enumerados en el artículo 87 ter 2 LOPJ su conocimiento corresponderá al Juzgado de Violencia sobre la Mujer», Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, Auto de 28 de marzo de 2007.

Es por todo ello que el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia doméstica y de Género haya considerado conveniente incluir en el artículo 87 ter.2 LOPJ la disolución del régimen económico matrimonial sin separación o divorcio, contemplada en el artículo 1393 CC, y clarificar que la liquidación como consecuencia de la sentencia matrimonial corresponda al Juzgado que la dictó, artículo 807 LEC, incluido el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si es el caso, proponiendo la siguiente redacción:

«2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- b) (...) la liquidación del régimen económico matrimonial, si se disuelve en virtud de la sentencia matrimonial, y los de declaración de la disolución del régimen económico matrimonial y su liquidación».**

A ello se añade una cláusula final de cierre como el actual punto d) en los siguientes términos:

- «h) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de cualesquiera otras medidas de trascendencia familiar».**

V. REFLEXIONES FINALES

1. La respuesta judicial frente a la violencia machista y la mejor protección de sus víctimas se pone de manifiesto con la implementación de los órganos especializados en esta materia.

2. Es necesario, no obstante, continuar desarrollando la puesta en marcha de la totalidad de medidas y recursos previstos legalmente para la mejor y más adecuada respuesta a

1. Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2. Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3. Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

4. Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la disolución de la sociedad por embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo que especialmente dispuesto en este Código».

la violencia de género. No podemos olvidar que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, sigue señalando a la violencia de género como una de las expresiones demostrativas de que el pleno reconocimiento de la «igualdad formal» ante la Ley entre hombres y mujeres, aun comportando un paso decisivo para lograr la igualdad real, ha resultado ser insuficiente.

3. En el ámbito civil, el número de asuntos civiles ingresados en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer refleja un incremento anual, que en el año 2010 respecto del año 2009 representa un 2,6%, al haber pasado de 18.654 a 19.139 el número de asuntos registrados, y si comparamos con el segundo semestre del año 2005, donde ingresaron 4.400 procedimientos civiles, el aumento es del 127,6% respecto al año 2010. Sin embargo, y a pesar de ello, sigue siendo un dato muy poco representativo respecto al número de denuncias penales presentadas. Estos datos se reproducen en el primer trimestre del año 2011.

4. Si nos detenemos en los datos registrados en el año 2010 respecto de los asuntos civiles ingresados en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, constatamos que: de los 19.139 asuntos, el 29%, 5.529, lo son respecto de divorcios no consensuados; 913, el 5%, divorcios consensuados; 1.656, el 9%, medidas previas; 2.295, 12%, medidas coetáneas; 3.610, 19%, asuntos relativos a la guarda, custodia o alimentos de hijos no matrimoniales, y el 27%, 5.136 asuntos, incluyen procesos contenciosos, entre otros sobre filiación, maternidad y paternidad, relación paterno-filial, nulidades matrimoniales, separación de mutuo acuerdo y contenciosas, modificación de medidas o liquidación del régimen económico matrimonial. Datos que confirman la baja proporción de los asuntos civiles.

Esta baja proporción de los asuntos civiles respecto de las denuncias penales presentadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se mantiene en idéntica proporción en los datos registrados en el primer trimestre del año 2011.

5. El total de sentencias civiles dictadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de 2005 a 2010 sí que refleja un incremento absoluto, computándose un total de 29.792, pasando de 449 en el segundo semestre del año 2005 a 4.805 en el primer semestre del año 2010, lo que representa un aumento del 970%, y el 97,99% de ellas han sido estimatorias.

6. Respecto del tipo de medidas cautelares civiles adoptadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer entre **2005-2010**, destacar que:

- Un 26% de las órdenes de protección han fijado pensión de alimentos, y un 23% se han pronunciado sobre atribución de vivienda, sin embargo *sólo un 3% han suspendido el régimen de visitas, lo que suponen 5.346 casos* y, más llamativo aún, en *solo 544 casos, durante estos 5 años, se ha suspendido la patria potestad*, lo que representa, en el año 2010, el 0,3%, y en concreto en el primer semestre de dicho año se ha acordado en 35 ocasiones.
- Respecto de la *suspensión de la guarda y custodia, en estos cinco años se ha adoptado en 11.052 ocasiones*, en el primer semestre del año 2010 en 959 supuestos se ha adoptado esta medida, el 7,2%, porcentaje menor al reflejado en los años 2009 y 2008. Creemos que estos datos nos permiten afirmar que no se está haciendo uso de los mecanismos puestos a disposición del Juez de Violencia sobre la Mujer para erradicar y prevenir este tipo de conductas agresoras.

Parecen pocas las exigencias en la fijación de las medidas relativas a los hijos menores comunes, en donde se minimizan las conductas violentas del padre-agresor, tratando a los menores como «víctimas indirectas» de la situación de violencia de género, lo que supone ignorar su afectación directa, de ahí que en contados casos se suspenden las visitas con el maltratador, a pesar de ser una medida prevista expresamente en la Ley Integral como mecanismo para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz a la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de la violencia de género. Debiendo incidirse en la consideración del interés superior del menor y en el hecho de que la violencia de género debe entenderse como un atentado al derecho de los menores a vivir sin violencia y a un desarrollo integral y adecuado, lo que no resulta compatible con la inaplicación práctica por parte de los Juzgados y Tribunales de la medida de suspensión de la patria potestad.

En el *primer trimestre del año 2011*, y comparando con los datos registrados en el año 2010, se reproducen exactamente los mismos datos registrados respecto a las medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares: 96% han sido acordadas en el ámbito de la Orden de Protección, y el 4% como Medidas Cautelares:

- En 6 ocasiones se ha acordado la suspensión de la potestad, en el ámbito de la Orden de Protección, en ninguna ocasión como Medida Cautelar: 0,1%;
- En 30 ocasiones se acuerda en el ámbito de la Orden de Protección como medida la permuta de la vivienda, y en ninguna como medida cautelar: 0,5%;
- Respecto de las medidas para la protección del menor para evitar un peligro o perjuicio, son 56 las ocasiones en que se adoptan medidas en el ámbito de la Orden de Protección y 4 como medida cautelar: 0,9%;
- En 448 se ha suspendido la guarda y custodia en el ámbito de la Orden de Protección, en 23 ocasiones como Medida Cautelar: 7,5%;
- 198 han sido los supuestos de suspensión del régimen de visitas en el ámbito de la Orden de Protección, 9 como Medida Cautelar: 3,3%;
- 1.630 han sido los supuestos de prestación de alimentos en el ámbito de la Orden de Protección, 53 como Medida Cautelar: 27,2%;
- 1.250 fueron las ocasiones que se ha acordado la medida de atribución de la vivienda en el ámbito de la Orden de Protección, 61 como Medida Cautelar: 20,9%;

7. Concluimos como iniciamos el presente trabajo, recordando que la violencia, sin duda, en muchos casos se desarrolla precisamente en los ámbitos familiar e íntimo de la persona o de la unidad familiar, y afecta directa o indirectamente a todas las personas que conforman el grupo familiar, especialmente, y además de a la mujer, a los hijos que conviven con la víctima y el agresor, por lo que es necesario superar las reticencias de los Tribunales a considerar la influencia de la violencia en la que vive la familia a la hora de adoptar medidas civiles y denunciar que en numerosas ocasiones en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no se le da la importancia que merece a la adopción de medidas civiles. Es por ello que, si bien la Ley Integral es un instrumento para afrontar esta terrible lacra social, debe ser aplicada por Jueces y Tribunales en toda su amplitud, y mejorada por el legislador, por lo que hay que posibilitar las reformas precisas para proporcionar una mejor respuesta institucional y social.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CUESTIONES PENALES

Se declara la nulidad del juicio que dio lugar a la sentencia condenatoria por un delito de abusos sexuales a una menor, al haberse impedido al condenado ejercitar su defensa con plenitud al no haber dispuesto de la posibilidad, ni en sede policial, ni en la fase sumarial, ni en el acto del juicio, de poder interrogar a la menor cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a la condena.

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

ANÁLISIS DEL CASO

D. Lucas fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Móstoles como autor de un delito continuado de abusos sexuales a una pena de prisión de dos años y un día. Recurrída la Sentencia en apelación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal y la acusación particular y condenó al demandante a una pena privativa de libertad de dos años y seis meses, accesorias, costas y al pago de 2.000 euros como indemnización a la víctima por daño moral.

El relato de hechos probados de la Sentencia condenatoria describe cómo el acusado, en el año 2006, aprovechando la presencia en su domicilio de la víctima, de nueve años de edad, que era amiga de su propia hija, se sentó junto a ella en el sofá del salón de la casa con el pretexto de ver la televisión, circunstancia que aprovechó, al menos en cuatro ocasiones, para meterle la mano por debajo de la ropa y tocarle sus genitales, al tiempo que, cogiendo la mano de la niña, le pedía que ella le tocara los suyos.

D. Lucas interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional, quien acordó la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la convocatoria de juicio oral, a fin de que por un Tribunal imparcial se celebre el mismo con pleno respeto de sus garantías procesales y la adopción de las medidas de protección que se entiendan necesarias en favor de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos enjuiciados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica del recurso de amparo

Invoca como vulnerados los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, así como sus derechos de defensa, a la presunción de inocencia y al uso de los medios de prueba pertinentes (arts. 24.1 y 2 CE).

a) Denuncia el recurrente haber sufrido indefensión constitucionalmente relevante en el proceso penal previo, pues se habría visto imposibilitado de ejercer su defensa con plenitud a través de la práctica de los medios de prueba que propuso. Concretamente, se queja de no haber podido interrogar en ningún momento del proceso a la menor que denunció haber sido víctima del abuso sexual que se le imputa. Tal situación se produjo pese a que afirma haber solicitado reiteradamente poder interrogar a la menor en el juicio oral, ofreciendo que la exploración se realizara por cualquiera de los medios previstos en la ley procesal. Explica que la prueba propuesta fue admitida pero, finalmente, no fue practicada sino sustituida, pese a su protesta, por el visionado en el juicio oral de la grabación audiovisual de la exploración a la que la menor fue sometida en sede policial. Entiende que fue tal decisión judicial, no justificada, la que habría vulnerado los derechos fundamentales alegados.

b) Apoyándose en un razonamiento similar, alega el demandante que la condena que le ha sido impuesta vulnera su derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías pues, según expresa de nuevo, no ha podido interrogar a la víctima menor de edad cuyo testimonio ha justificado su condena. Y, desde otro punto de vista añade que, además, las pruebas tomadas en consideración para condenarle no son pruebas de cargo, por lo que las Sentencias cuestionadas habrían vulnerado su presunción de inocencia.

Desde la perspectiva conjunta de las vulneraciones expresadas, afirma que sólo las pruebas practicadas en el juicio oral pueden ser consideradas pruebas de cargo sin que, en este caso, se diera ninguna de las circunstancias excepcionales que, *ex art.* 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrIm), permiten valorar las dili-

gencias sumariales como pruebas preconstituidas. Señala que ni formal ni materialmente se dieron en su caso los requisitos que permiten dar validez probatoria a una diligencia sumarial, pues la exploración de la menor cuya grabación fue proyectada en el juicio oral no se practicó ante la autoridad judicial sino ante un agente de policía judicial, sin que en su desarrollo pudieran intervenir, de forma alguna, ni el Ministerio Fiscal ni su Letrado defensor.

A lo expuesto añade que tampoco obra en la causa informe psicológico o pericial alguno que recomendara no llevar a cabo el interrogatorio de la menor en el acto del juicio oral por existir riesgo para su estabilidad emocional, circunstancia que podría haber justificado la decisión de evitar la confrontación visual de la testigo y el acusado (art. 707, inciso 2, LECrIm) o, finalmente, de sustituir su interrogatorio por el visionado del vídeo, si en éste se recogiera una exploración practicada con todas las garantías. Se queja también el recurrente de que la exploración en sede policial de la menor no fue sometida a evaluación externa alguna sobre su credibilidad subjetiva, lo que impediría considerarla prueba de cargo.

c) Por último, reiterando sus argumentos, esta vez bajo la invocada lesión del derecho a un proceso con todas las garantías puesto en relación con el derecho al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa, se denuncia en la demanda que, pese a haberlo solicitado en tiempo y forma durante el proceso penal previo, no pudo nunca interrogar a la menor cuyo testimonio ante la policía constituye la única prueba que le incrimina, tal y como se expone en las Sentencias por las que ha sido condenado. Tras narrar la secuencia temporal de diligencias policiales y de investigación practicadas, así como la proposición de prueba y el desarrollo del juicio oral, afirma la vulneración de los derechos alegados por entender que el interrogatorio de la menor era el único medio de prueba del que podía valerse para su defensa, sin que se diesen en este caso las circunstancias y requisitos que permitan sustituirlo por la reproducción de una diligencia sumarial, pues el visionado del vídeo

no respetó los principios de inmediación judicial y contradicción de partes que permitirían reconocer validez a la diligencia probatoria.

Por todo lo expuesto, solicita en la demanda que le sea otorgado amparo y, en consecuencia, sean declaradas las lesiones de derechos fundamentales aducidas y la nulidad de las Sentencias condenatorias impugnadas, a fin de que se ordene la celebración de un nuevo juicio ante el Juzgado de lo Penal o el dictado de una nueva Sentencia acorde con tales pronunciamientos.

2. Alegaciones de los padres de la menor

Con carácter previo solicitaron la inadmisión a trámite de la pretensión de amparo que denuncia la vulneración del derecho de defensa y al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa con razón de no haberse practicado la prueba de interrogatorio de la menor que, propuesta en forma, había sido admitida en la fase intermedia. Afirma que cuando, en el juicio oral, la Juez de lo penal oyó al demandante sobre la petición del Ministerio Fiscal de que fuera visionado el vídeo en el que se recogía la exploración policial de la menor, su Letrado no se opuso ni alegó que la sustitución de su interrogatorio por tal visionado vulneraría su derecho de defensa. Como tampoco lo hizo cuando la Juez acordó proceder al visionado de la grabación, por lo que no invocó tempestivamente la queja que ahora fundamenta su pretensión de amparo [art. 44.1 c) LOTC].

En relación con el fondo de las alegaciones planteadas en la demanda, solicita su desestimación al entender que carecen de contenido constitucional. Señala que la decisión de no practicar en el juicio oral la exploración de la menor, pese a que así lo había solicitado la defensa y admitido inicialmente la juzgadora de instancia, fue razonada y no produjo una indefensión material al recurrente. En su decisión, la Juez valoró debidamente el interés de la menor intentando evitar la victimización procesal que provocaría la reiteración de declaraciones sobre los hechos. En su opinión, resolvió adecuadamente el conflicto existente entre las garantías procesales del acusado y la indemnidad psíquica de la menor. A lo expuesto añade que el recurrente tuvo a su disposición la grabación policial desde el inicio de las actuaciones, por lo que pudo articular las

pruebas que consideró oportunas para contradecir su incriminación. Afirma que la decisión de evitar la presencia en juicio de la menor, atendiendo su edad y la naturaleza del delito enjuiciado, cuenta con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en los Tratados internacionales sobre protección y derechos de los menores suscritos por España, por lo que la inasistencia de la menor en estos casos debe entenderse como un caso de imposibilidad legal que abre la vía a otras formas de reproducir la prueba en el plenario.

Por último, rechaza en sus alegaciones que la condena haya vulnerado la presunción de inocencia del demandante dado que se asienta en verdaderos actos de prueba, practicados con todas las garantías y valorados de forma expresa y razonada en las Sentencias condenatorias. Tras enumerar las pruebas practicadas en el juicio oral, concluye que de las mismas cabe deducir la declaración de culpabilidad que ha sido impugnada. Por todo ello, acaba su escrito solicitando la inadmisión y subsidiaria desestimación de las pretensiones de amparo formuladas en la demanda.

3. Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 15 de septiembre de 2010. En él solicita la inadmisión de la demanda de amparo por incurrir en falta de invocación previa en la vía judicial [art. 44.1.c) LOTC] y, subsidiariamente, la desestimación de las pretensiones planteadas, al apreciar que no se produjeron las vulneraciones de derechos fundamentales que se denuncian.

Respecto a la queja que denuncia la presunta vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con la imposibilidad de interrogar a la menor en el acto del juicio, señala que la pretensión debe ser inadmitida por no haber agotado los recursos utilizables en la vía judicial previa. Afirma que el acusado no se opuso a la visualización del DVD, ni hizo manifestación alguna cuando la juzgadora de instancia decidió no practicar la exploración personal de la menor en el acto del juicio, ni tampoco en su recurso de apelación reiteró su petición de

que la prueba se practicara en segunda instancia, pese a que pidió la nulidad de la Sentencia condenatoria de instancia por no haberse practicado tal interrogatorio personal.

Tras describir el resto de pretensiones formuladas en la demanda de amparo y su argumentación, considera que no se ha vulnerado la presunción de inocencia del demandante de amparo dado que su condena se apoyó en pruebas de cargo, sin que pueda cuestionarse en este proceso la credibilidad de la exploración policial de la menor reproducida en el acto del juicio mediante el visionado del soporte audiovisual donde fue grabada, pues la misma ha sido razonadamente valorada por la juzgadora de instancia a tenor de su contenido, el modo y circunstancias en que la menor relató los hechos denunciados y el resto de pruebas que, sobre tal manifestación, se practicaron en el juicio oral (declaración de su madre, de la pediatra que la atendía y de la médico forense que la exploró en fase sumarial).

Por último, entiende que la decisión de no permitir el interrogatorio de la menor en el acto del juicio oral fue debidamente fundada y no limitó indebidamente el derecho del actor a contradecir al testigo que le incrimina, dado que fue una decisión razonable a la vista de la técnica de exploración empleada, el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y la edad de la menor. A ello se suman dos factores: de una parte, el demandante pudo conocer la grabación desde el inicio del proceso, por lo que pudo articular, frente a ella, los medios de prueba que tuvo por convenientes; y de otra, las manifestaciones de la menor no son la única prueba que se tuvo en cuenta para justificar la condena. Rechaza que la menor incurriera en contradicciones a lo largo del proceso judicial previo y resta importancia al hecho de que ningún informe pericial desaconsejara el interrogatorio de la menor, pues tal circunstancia se deduce del empeoramiento de su salud tras el incidente y la manifestación materna de que la menor no quería acudir al domicilio del demandante. Por lo expuesto, concluye, en coincidencia con los órganos judiciales, que la denegación de la exploración de la menor en el juicio oral era razonable por innecesaria, sin que el demandante

haya justificado cuál era su trascendencia para alterar el sentido del fallo.

4. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo

A. Cuestiones procesales en torno a la admisibilidad del recurso

Por haberlo sido así planteado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular personada en este proceso constitucional, hemos de pronunciarnos, en primer lugar, sobre el mencionado óbice procesal de admisibilidad alegado respecto de la invocada lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes a la defensa. Por las razones que seguidamente se expresan debe apreciarse la concurrencia de dicha causa de inadmisión, consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)].

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, «evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo (STC 8/1993, FJ 2), pues son ellos quienes tienen encomendada en nuestro sistema constitucional la tutela general de los derechos y libertades (STC 61/1983, FJ 2)» (SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; y 71/2000, de 13 de marzo, FJ 3). Por consiguiente, el agotamiento de la vía judicial ordinaria se malogra cuando no se hace uso de los recursos que son razonablemente exigibles a la parte, y también cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental; en efecto, en uno y otro caso se infringe el principio de subsidiariedad (SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; 110/2001, de 7 de marzo, FJ 1; y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3). En definitiva, la exigencia de agotar la vía judicial previa no es en modo alguno una formalidad cuya eficacia real pueda ser debilitada por

una interpretación decididamente antiformalista del precepto que la contiene, sino que se trata de un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que al Poder Judicial reserva la Constitución (art. 117.3 CE) y para no desnaturalizar tampoco la función jurisdiccional propia de este Tribunal como su intérprete supremo (art. 1 LOTC; SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 128/2002, de 3 de junio, FJ 2; y 214/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

En el asunto que nos ocupa el recurrente hizo uso formalmente de todos los recursos que le eran exigibles, mediante la interposición del de apelación contra la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, en el que, al analizar otras quejas, denunció no haber podido interrogar a la menor en el acto del juicio oral. Sin embargo, aun admitiendo que, tácitamente, en sus motivos de apelación planteó la supuesta vulneración que ahora analizamos, el recurrente, tal y como señalan los acusadores, no reiteró ante la Audiencia Provincial la solicitud de práctica de las pruebas admitidas y no practicadas en la instancia, como podía haberlo hecho de conformidad con lo prescrito por el art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), de modo que únicamente propuso otra prueba testifical distinta y solicitó, finalmente, que de ser atendidos sus alegatos, se anulara el juicio.

La falta de reiteración de la solicitud de la prueba admitida y no practicada adquiere relevancia, a los efectos del agotamiento de la vía judicial [art. 44.1.a) LOTC], porque, tratándose de la posible infracción de una garantía procesal que causó indefensión a la parte, la Audiencia Provincial podría haberla corregido si se le hubiese dado la oportunidad de pronunciarse sobre una solicitud de práctica de dicha prueba, lo que no se hizo. De este modo se privó a la Audiencia de la oportunidad de reparar tal supuesta infracción del art. 24.2 CE, frustrándose así la finalidad perseguida legalmente con la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa. Tal frustración no se evitaba por el hecho de que se hubiera solicitado la nulidad del juicio pues con ello propiciaba la parte una indebida

dilación del proceso (art. 24.2 CE), visto que el art. 790.3 LECrím posibilitaba, según queda indicado, la reiteración de la solicitud de prueba para la segunda instancia (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 3). Así pues, no puede atenderse esta pretensión de amparo basada en la alegada y supuesta vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes a la defensa.

B. Análisis de la posible vulneración del derecho a no padecer indefensión, a un proceso con todas sus garantías y su defensa

Resuelto el óbice procesal planteado, pasamos a hora a analizar, desde las perspectivas que han sido alegadas, la solicitud de nulidad del juicio con orden de retroacción para su repetición que el demandante fundamenta en la supuesta lesión de sus derechos a no padecer indefensión, a un proceso con todas las garantías y su derecho de defensa (art. 24 CE); lesiones que se habrían producido por no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo —ni en sede policial, ni en fase sumarial ni en el acto del juicio oral—, de una sola posibilidad de interrogar a la menor cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a su condena por abusos sexuales.

La cuestión planteada tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público con plena contradicción en el acto del juicio oral —en cuanto testigos de cargo especialmente vulnerables—, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia).

No se trata de una cuestión nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual analizaremos y tomaremos en consideración a continuación. Pero sí lo es en la jurisprudencia de este Tribunal que, solo de forma tangencial, se ha referido a la misma en la STC 41/2003, de

27 de febrero, FJ 3, que abrió camino al testimonio de referencia sustitutivo de la exploración personal de la víctima cuando, por su muy corta edad, pueda entenderse que carece de discernimiento. De ahí su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

En efecto, en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral. Así lo recoge el art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) cuando dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra». Este derecho es un aspecto específico de la idea de juicio justo. Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 y 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4). En este

sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 1 y 3.d) del art. 6 del CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta, § 68, y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49). Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en los pronunciamientos citados que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario».

En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la conformidad al Convenio de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como «una auténtica ordalía»; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia

en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia).

En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

C. Protección del derecho a la víctima sin desatender el derecho de defensa

Atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los derechos del niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenas a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible,

previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P.S. contra Alemania, § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, § 56, en la que se señala que «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Son éstas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de

videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

D. Análisis del caso concreto

La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto analizado conducen directamente a la estimación del amparo, al no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo de las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio de la menor que ha dado lugar a su condena.

El análisis de las actuaciones pone de relieve que el mismo día en que la Guardia Civil recibió declaración de la madre de la menor (23 de mayo de 2006), tras prestar su consentimiento al efecto, la niña fue explorada sin su presencia por un Teniente de la Guardia Civil, Doctor en Psicología, perteneciente a la unidad técnica de policía judicial de Madrid, acompañado de otra agente policial. La entrevista, claramente incriminatoria, fue grabada en soporte audiovisual. A la misma tampoco asistió el Ministerio Fiscal ni, como es obvio, representante alguno del denunciado. Pocos días después, el 13 de junio siguiente, la Juez de instrucción exploró de nuevo a la menor. Para esta segunda exploración, a la que sí asistió la madre de la menor, tampoco fueron convocados el Ministerio Fiscal ni el denunciado, pese a que ya había sido identificado policialmente y citado por el Juzgado para ser oído en declaración diez días después. En la misma sesión, tras la exploración judicial, la menor fue entrevistada en sede judicial por la médico forense en presencia de sus padres. Durante la entrevista la menor reiteró su relato.

La investigación se dio por concluida un mes después, el 13 de julio de 2006, sin llegar a recibir nueva declaración a la menor. La decisión de conclusión fue recurrida en reforma y apelación por el demandante de amparo, que solicitó la práctica de diligencias complementarias de investigación, entre ellas, la exploración judicial de la menor en presencia de un psicólogo infantil. Los recursos fueron desestimados.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral. La acusación particular pidió que, en atención al interés de la menor, su declaración en el juicio oral fuera sustituida por la reproducción de la grabación de la entrevista policial o, en su caso, se practicara mediante videoconferencia. La defensa se opuso en su escrito de defensa a la sustitución del interrogatorio por la grabación audiovisual. Aun cuando la Juez de lo penal admitió, para su práctica en el juicio oral, la prueba de interrogatorio de la menor que había sido propuesta en los escritos de calificación provisional, en el acto del juicio oral celebrado en junio de 2008 accedió a la solicitud del Fiscal de sustituir el interrogatorio de la menor por la reproducción de la grabación de la exploración policial, la cual fue considerada suficiente por la juzgadora para formar convicción junto con el resto de pruebas que, sobre las manifestaciones incriminatorias, se practicaron en el juicio oral: el acusado negó los hechos; la madre narró el relato que su hija le hizo; la médico-forense narró su exploración y formuló un juicio de credibilidad sobre su relato; la pediatra que atendía a la niña desde antes de ser denunciados los hechos explicó los síntomas apreciados en el comportamiento de la menor a partir de la denuncia y el agente de la Guardia Civil que protagonizó la exploración, dio cuenta de su desarrollo emitiendo, también, un juicio sobre la credibilidad que las imputaciones le merecían; por último declaró otra psicóloga que ratificó el informe que había realizado sobre la personalidad del acusado.

Por tanto, el acusado, que había solicitado reiteradamente el interrogatorio de la menor ofreciendo que éste se practicara adoptando las medidas procesales de protección de la misma previstas en la ley, no pudo en ningún momento, ni directa ni indirectamente, dirigirle pregunta

alguna durante el proceso penal previo, sino sólo formular alegaciones sobre el desarrollo y contenido de su exploración policial. Pese a la limitada intervención que tuvo en fase de investigación, pues no se le convocó a la exploración policial ni a la judicial, no se utilizó ninguno de los mecanismos de interrogatorio en el juicio oral previstos en la ley que, evitando la confrontación visual, e incluso la presencia personal de la menor en el juicio, hubieran podido reequilibrar los déficits de defensa que se han descrito. Lo expuesto lleva a concluir con evidencia que en el proceso penal previo en el que fue juzgado y condenado el demandante no se respetaron sus derechos mínimos de defensa, es decir, no disfrutó de un proceso con todas las garantías, por lo que, conforme a su solicitud, debe esti-

marse el amparo pretendido a fin de que por un Tribunal imparcial se repita el juicio oral con pleno respeto de sus garantías procesales, sin perjuicio de la adopción de las medidas legales de protección que se consideren necesarias en beneficio de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta resolución.

La estimación de la queja, y sus consecuencias, justifica que no analicemos la pretensión de amparo que, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestiona la credibilidad intrínseca de las manifestaciones policiales de la menor, pues el fondo de tal cuestión, deberá ser analizado antes por la jurisdicción ordinaria, tras la celebración de un juicio justo.

TRIBUNAL SUPREMO

GUARDA Y CUSTODIA

No procede modificar la custodia materna pues aunque el informe psicosocial y el Ministerio Fiscal estén a favor de la custodia compartida, el Juez no está vinculado por el contenido del informe, que solo debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. La condena del padre por una falta de amenazas y coacciones es sólo un elemento más para denegar la custodia compartida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de abril de 2011

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Santiago y D. Gonzalo contrajeron matrimonio el 12 de diciembre de 1987.

D.ª Santiago interpuso demanda de separación matrimonial contra D. Gonzalo y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que decrete la separación y entre otras medidas se acuerde en su favor la custodia de los dos hijos.

D. Gonzalo contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitó que se atribuyera a él la custodia, o subsidiariamente se acordase la custodia compartida.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 16 de Palma de Mallorca dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2006 decretando la separación y acordando, entre otras medidas la custodia compartida a ambos progenitores y por períodos de quince días.

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Baleares dictó sentencia el 13 de junio de 2008, revocando la sentencia de instancia y atribuyendo la custodia a la madre.

D. Gonzalo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 16 de Palma de Mallorca, de 7 julio 2006, otorgó la guarda y custodia compartida de los dos hijos a ambos progenitores, a la vista de que: a)

las circunstancias personales eran favorables, porque al mantener los menores buena relación con ambos progenitores, se producía de hecho la situación de guarda y custodia compartida,

que no había repercutido negativamente; que ambos progenitores estaban capacitados; que si bien el padre residía durante la semana fuera de A Coruña, no tenía inconveniente en fijar su residencia allí y que la hija había expresado el deseo de que ambos progenitores tuvieran la guarda compartida; b) el informe favorable del Ministerio Fiscal. Estas circunstancias justificaron la decisión del juez de otorgar la guarda y custodia compartida, porque con esta decisión «se protege adecuadamente los intereses de los menores al dotar la relación con sus padres de la necesaria estabilidad y plenitud».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.^a, de 13 junio 2008 revocó en este punto la sentencia apelada. Después de recordar la necesidad de actuar protegiendo el interés del menor, revocó la medida adoptada en 1.^a Instancia con los siguientes argumentos: a) existía conflictividad entre los cónyuges no sólo debido a la ruptura, sino en relación a los esquemas educativos; b) la madre debió instar la ejecución de la pensión alimenticia; c) el padre debía estar ausente de A Coruña por su actividad profesional, siendo la abuela quien se hacía cargo de los niños, lo que generaba enfrentamientos con la hija mayor; d) D. Gonzalo, el padre, fue condenado por una falta de amenazas y coacciones a la esposa por sentencia firme de 25 enero 2005, lo que obligaba a aplicar el art. 97.2 CC, y e) no hay constancia de que este tipo de guarda y custodia sea el único medio de proteger los intereses de los menores. Ello, a pesar de que los informes técnicos y del Ministerio Fiscal, reproducidos en la segunda instancia, habían sido favorables a la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida. En consecuencia, se atribuyó a la madre la guarda y custodia, reconociendo al padre un amplio derecho de visitas.

Alega D. Gonzalo la vulneración del art. 92, apartados 8 y 9 CC, en relación con el art. 92.7 CC, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 15/2005, pues constan los informes técnicos favorables de los equipos psicosociales, así como del Ministerio Fiscal. Señala que los hechos por los que fue condenado el recurrente no constituyen un supuesto de violencia de género.

El motivo no se estima. En el presente recurso de casación se plantean dos cuestiones: la primera, relativa a la vinculación del juez por los dictámenes emitidos por los servicios psicosociales y la segunda, si habiendo sido condenado el marido por un delito que no constituye un supuesto de violencia de género, puede éste usarse como argumento para no acordar la guarda y custodia compartida.

Se va a estudiar en primer lugar la segunda de las cuestiones introducidas en este recurso, es decir, la relativa a la condena por amenazas al cónyuge. El art. 92.7 CC establece que no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que «tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica». Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del art. 92 CC, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.

Además, debe recordarse al recurrente que este no fue el único argumento que llevó a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca a rechazar la guarda compartida, puesto que se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia. No es decisivo porque aunque se eliminara este argumento, la medida acordada por la sentencia recurrida se mantendría, por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida.

En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta

Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009.

La reforma de 2005 acordó que, con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTS de 10 marzo 2010 y 8 octubre 2009), porque debe repetirse que el juez no

está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE y art. 218.2 LEC), para evitar la arbitrariedad.

Respecto de la alegación referida a la condena al padre en un procedimiento por coacciones y amenazas a su esposa, esta Sala no puede formular doctrina alguna, porque se trata solo de uno de los argumentos utilizados por la Sala sentenciadora para decidir sobre la medida de guarda y custodia compartida, juntamente con otros relacionados con las relaciones entre los hijos y sus progenitores y todo ello en argumentos relativos a la protección del interés del menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

Al haber sido el padre absuelto de la denuncia penal por un delito de exhibicionismo, se acuerda fijar un régimen de visitas progresivo que, pasado un año, se normalizará con fines de semana alternos y vacaciones escolares.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2011

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Francisca y D. Franco habían convivido durante varios años. De estas relaciones, nació una niña en 2001.

En marzo de 2002 los convivientes contrajeron matrimonio.

El 8 de septiembre de 2002 se separaron y comenzaron una serie de denuncias entre los cónyuges. La más importante y que dio lugar a este recurso fue una denuncia verbal de D.ª Francisca en la que relataba que su marido sufría problemas de personalidad, ocasionados por su peculiar aproximación al sexo; que había sido diagnosticado y tratado por psicólogo, pero que no había continuado el tratamiento. En un día no determinado del mes de septiembre de 2002, el padre fue sorprendido en la cama masturbándose, con su hija de unos 15 meses de edad a su lado.

D. Franco fue procesado por un delito de exhibicionismo, previsto y penado en los arts. 185 y 192 CP. La sentencia del Juzgado Penal n.º 3 de A Coruña, de 14 marzo 2007, declaró probado que «en un día no concretado de finales del mes de junio de 2002 el acusado Franco [...], cuando estaba en el domicilio familiar [...] se masturbó en presencia de su hija Noemí, nacida el 13 marzo 2001, a la que había colocado en la cama a su lado vestida solo con el pañal, llegando a eyacular». Condenó al acusado a la pena de 6 meses de prisión,

con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Esta sentencia fue recurrida y revocada por la de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 2.^a, de 19 noviembre 2008, que, consideró que no se había probado si la niña estaba o no dormida, lo que implicaba que surgieran una serie de dudas sobre si se cumplía o no el tipo del delito. Por ello «es claro que ante esas dudas, la solución no puede más que favorecer al acusado como postura más beneficiosa, ante la falta de la fehaciencia necesaria, propia de esta vía penal, y estimar que la menor estaba dormida, por lo que difícilmente podía ser sujeto pasivo del delito enjuiciado». Por ello dictó sentencia absolutoria, estimando el recurso de apelación. Esta sentencia se pronunció habiéndose ya interpuesto y admitido el recurso de casación.

D.^a Francisca presentó demanda de separación contra D. Franco, quien a su vez demandó por la misma causa a D.^a Francisca. En su demanda, D.^a Francisca alegó los hechos acaecidos y pidió la privación de la patria potestad, con un derecho de visitas limitado y controlado. D. Franco pidió que se le atribuyera la patria potestad. Ambas demandas se acumularon.

El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de A Coruña dictó sentencia el 18 de abril de 2005, decretado la separación de los cónyuges y en otras medidas decidió: a) en relación a la privación de la patria potestad, no accedió a la misma y dijo que «[...] si bien existe un procedimiento penal en curso, no existe resolución definitiva que estimen ciertos los hechos denunciados, por lo que no se debe acordar una medida tan drástica como es la privación de la patria potestad»; b) respecto al derecho de visitas, puso de relieve el informe psicosocial que aconsejaba su mantenimiento, aunque de forma restrictiva, hasta que no existiera un pronunciamiento judicial firme; de este modo, acordó un fin de semana mensual, con un horario fijo, en el punto de encuentro de Aranjuez.

Apelaron ambos litigantes. La demanda de separación fue convertida en demanda de divorcio por aplicación de la Disposición transitoria de la Ley 15/2005.

En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia el 31 enero 2007 desestimó el recurso presentado por D.^a Francisca y estimó el de D. Franco, en el sentido de mantener la misma solución de la sentencia de 1.^a Instancia en relación a la privación de la patria potestad. Estableció un amplio régimen de visitas, revocando la sentencia apelada, porque «[...] no se considera justificada tal restricción» y por ello establecía un primer periodo de un año con un régimen de visitas limitado y otro periodo a partir del segundo año, más amplio, con pernocta.

A raíz de la sentencia del Juzgado Penal n.º 3 de A Coruña, y después de haberse planteado un incidente de ejecución de sentencia por la madre, el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de A Coruña, por auto de 26 de abril de 2007, acordó la suspensión del régimen de visitas a favor de padre respecto de la hija menor.

D.^a Francisca presentó recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso se basa en la interpretación errónea y consecuente inaplicación

del art. 94 CC, fundándose al propio tiempo el recurso en la existencia de jurisprudencia contra-

dictoria de las Audiencias Provinciales sobre la siguiente cuestión: si se puede suspender o privar a D. Franco del régimen de visitas y comunicaciones a su hija como consecuencia de encontrarse tramitando unas diligencias penales por presuntos abusos sexuales del padre a la menor.

En relación al primer punto, aun reconociendo el principio de presunción de inocencia, existen razones suficientes para justificar «hasta tanto no recaiga sentencia firme» en el procedimiento penal, la suspensión del régimen de visitas porque puede ocasionar un potencial peligro para la menor de imposible reparación. Y ello porque la razón que debe fundar dicho régimen es el interés del menor.

Motivo segundo. Necesidad de unificar la interpretación de la norma del art. 94 CC por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En efecto, en las de Barcelona, sección 12.^a, de 27 de febrero de 2004, 31 de enero de 2001 y 8 de noviembre de 1999; sección 18.^a, de 10 de octubre de 2000 y Sevilla sección 8.^a de 23 de febrero de 2005 y 12 de noviembre de 2003, en las que se opta por conceder al padre el derecho de visitas. En cambio, las de las Audiencias Provinciales de Cádiz, sección 1.^a, de 23 de diciembre de 2004; sección 7.^a, de 1 de febrero de 2001 y sección 8.^a, de 13 de diciembre de 2000; Sevilla, sección 6.^a de 24 de julio de 2003 y 2.^a de 25 de septiembre de 2000 y Barcelona, sección 12.^a, de 13 de septiembre de 2005, 16 de marzo de 2006 y sección 18.^a de 29 de noviembre de 1999, que resuelven estimando que se han de suspender las visitas. Todas ellas coinciden en la pendencia de diligencias penales seguidas contra el padre de los menores por delitos presuntos de abusos sexuales.

Los dos motivos se van a examinar conjuntamente porque presentan problemas comunes.

La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las de-

cisiones adecuadas para su protección (ver STS de 11 de febrero de 2011). Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada.

En este caso, el interés de la menor está ya protegido puesto que en el momento de interponerse el recurso de casación, estaba suspendido el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 23 de enero de 2007.

Dicho esto, procede no estimar los dos motivos del recurso de casación interpuesto para unificación de doctrina y referidos únicamente a la cuestión de si es procedente suspender el derecho de visitas del padre imputado penalmente, mientras está pendiente la resolución del procedimiento penal.

Este tema debería haber sido planteado en el actual procedimiento como prejudicialidad penal y no por medio del recurso de casación para unificación de doctrina. Esto solo llevaría a la desestimación de los motivos del recurso, pero además existen otras razones para su no estimación.

1.º El padre recurrido ha aportado la sentencia en la que se le absolvía del delito de exhibicionismo, no de abusos sexuales como afirma la recurrente en su recurso. La absolución determina que el planteamiento del propio recurso haya perdido interés, ya que lo que se pedía a este Tribunal carece de utilidad al haber sido absuelto el padre de la menor del delito que se le había imputado. En la sentencia de 14 de abril de 2011, esta Sala ha dicho que «El recurso de casación, en el motivo previsto en el art. 477-2, 3 LEC tiene como finalidad la creación de jurisprudencia para interpretar las normas de reciente entrada en vigor, sobre las que no existe jurisprudencia; pero ello no permite una interpretación en abstracto, cuando el caso presentado a la consideración de este Tribunal ha dejado de existir, por haber perdido su objeto el recurso[...]».

2.º Además, debe tenerse en cuenta que las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio de circunstancias, por lo que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de

las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios (art. 752 LEC y STS de 28 de septiembre de 2009). Por ello las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor hija de la recurrente pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulta conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y

no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (ver SSTS de 31 julio y 28 de septiembre de 2009, 11 de marzo y 1 de octubre de 2010 y 11 de febrero de 2011, entre otras).

La desestimación de los dos motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Francisca, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.^a, de 31 enero 2007, determina la de su recurso de casación.

VIVIENDA FAMILIAR

El Tribunal Supremo ratifica la doctrina jurisprudencial que considera precario la ocupación de la vivienda aunque la esposa e hijos tengan atribuido judicialmente el uso en un procedimiento matrimonial. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda de desahucio por precario.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de marzo de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

D. Jesús María interpone acción de desahucio por precario contra D.^a Fermina de la vivienda propiedad del mismo que había cedido gratuitamente a su hijo y nuera, siendo ésta última la demandada.

D.^a Fermina se opuso a la demanda alegando que tenía título suficiente para la ocupación e la vivienda pues se le atribuyó el uso judicialmente en un procedimiento de familia.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Elda dictó el 10 de octubre de 2006 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Alicante dictó sentencia el 27 de septiembre de 2007, desestimando el recurso interpuesto por D. Jesús María.

D. Jesús María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, acordando haber lugar a la demanda de desahucio por precario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda en base al siguiente razonamiento: De la prueba practicada en autos se desprende que el actor cedió el uso de la vivienda objeto del litigio

para que pudieran habitarla, tanto la demandada como su hijo, quienes actualmente se encuentran separados, y sus tres nietas, tras haber sido desahuciados, convirtiéndose en el domicilio fami-

liar, y todo ello en aras de prestar ayuda económica al hijo en su matrimonio, necesidad familiar que no se ha negado. Respecto a la necesidad urgente del propietario de recuperar el piso alega que se encuentran en estos momentos viviendo en un piso propiedad de uno de sus hijos, propiedad que no ha sido acreditada, a lo que hay que añadir que cuando el actor cambia de domicilio lo hace con todos los miembros de la familia que en esos momentos no se habían independizado o casado; que a la esposa del actor por motivos de salud le convendría vivir allí, si bien mantienen que una de las causas de haberse trasladado fue dicho motivo; y para evitar roces entre los hermanos, ya que el esposo de la demandada convive con ellos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la reclamación se insta cuando el hijo del actor se encuentra separado judicialmente de la demandada, atribuyéndosele a la misma y a sus hijos, por sentencia de 23 de noviembre de 2000, el uso de la vivienda que constituyó el hogar familiar, así como las medidas civiles adoptadas en la orden de protección dictada en el procedimiento de diligencias urgentes n.º 50/05, por lo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos debe configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96 del Código Civil. En todo caso debe entenderse que constituye título apto y suficiente, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta de la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por la vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los tres hijos del matrimonio, conforme el art. 96 del Código Civil y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor.

Para confirmar la sentencia del Juzgado, la Audiencia Provincial de Alicante utilizó los siguientes razonamientos: «Los motivos del recurso no pueden tener favorable acogida, pues es doctrina reiterada de esta Sala recogida en sentencia n.º 98 de fecha 28 de febrero de 2006, que reproducimos “La situación que se plantea es relativamente frecuente y está caracterizada por la atribución a uno de los cónyuges en resolución recaída en procesos de separación o divorcio, de una vivienda que no es propiedad de la persona

que tiene concedido el uso como ocurre ahora en que la misma es de los padres —actores— del hijo separado de la demandada”. Aunque la doctrina que al efecto ha mantenido el Tribunal Supremo ha tenido una inicial fase caracterizada por la defensa del derecho de propiedad, desde su sentencia de 2 de diciembre de 1992 establece un cuerpo de doctrina que se consolida, entre otras por sentencia de 18 de octubre de 1994 en el sentido de excluir estas situaciones del ámbito del precario... Pero la entrada y permanencia del hijo y la esposa en la vivienda de los padres se explica con la figura jurídica del comodato en cuanto si bien no se estableció plazo de uso la cesión se hace para hogar familiar de forma que la ocupación está condicionada a la subsistencia del fin que originariamente se tuvo en cuenta para hacer la cesión, y esa finalidad de hogar familiar no desaparece aunque se haya producido para alojar a la familia aunque ya —por la separación— no la integre uno de sus miembros. De cuanto queda dicho debe concluirse que no constando un plazo de duración de la cesión pero que con la misma se quería dar el uso específico de hogar familiar del matrimonio y los descendientes del hijo de los propietarios, esa finalidad se seguirá cumpliendo aunque está producida la crisis conyugal lo cual excluye la situación de precario, y al constituir un comodato o préstamo de uso, los propietarios únicamente pueden reclamar la vivienda en caso de urgente necesidad... Segundo. En el supuesto que nos ocupa, es admitido por ambas partes que la vivienda fue cedida para el uso como domicilio familiar, esto es el hijo de la hoy demandante, su mujer y tres hijos, en mayo de 1996, con anterioridad a la sentencia de separación de fecha 23 de noviembre de 2000. Por otro lado no acredita la parte actora la causa de necesidad alegada en la demanda ni que haya desaparecido la finalidad de la cesión, esto es, para que sirviera de hogar familiar. No es vinculante la sentencia de esta Sala de fecha de 13 de abril de 2005, alegada en el recurso, pues no recoge un supuesto similar, dado que en aquel procedimiento no se acreditaba que en el proceso seguido por el juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Elda la vivienda fuera el domicilio familiar, ni constaba la existencia de una resolución judicial de atribución de uso de esa vivienda a uno de los progenitores».

El recurrente en casación denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1749 del Código Civil al entender que debió aplicarse el 1750 del mismo cuerpo legal. El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: Alega doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales ante el mismo supuesto de hecho: existencia de una cesión por parte de los padres (o terceros) de la vivienda de su propiedad para que la ocupe un hijo (o descendiente) y su cónyuge, estableciendo en ella el domicilio conyugal, viviendo en la misma, en unión de hijos menores de edad, durante un periodo de tiempo, sin pagar renta alguna y sin establecerse plazo produciéndose posteriormente la separación y la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa. El recurrente cita las sentencias procedentes de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª) de fecha 10 de diciembre de 2004 y 28 de febrero de 2006, que consideran dicha cesión como comodato. Frente a ellas cita las sentencias procedentes de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) de fecha 5 de diciembre y 14 de diciembre de 2005, que consideran dicha cesión como precario. Asimismo en el escrito de interposición se hace alusión a la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005 entendiendo que a partir de dicha sentencia se ha producido un giro en la jurisprudencia al considerar que se está ante un precario si queda probado que no existió un contrato entre las partes, aunque esta sentencia no se pronuncia sobre el supuesto de hecho antes planteado. Al no existir una línea clara en cuanto a este asunto considera que debe ser el propio Tribunal Supremo el que a través de su función de creación de jurisprudencia cuando no exista o al menos de corrección de doctrina jurisprudencial el que se pronuncia sobre la contradicción existente entre las Audiencias provinciales.

El motivo debe ser estimado.

La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, citada por la sentencia recurrida y a partir de ellas muchas otras (SSTS 30 de junio de 2009, [RC n.º 1738/04], 22 de octubre de 2009, [RC n.º 2302/05], 14 de julio de 2010, [RC n.º 1741/05] 11 de noviembre de 2010 [RC

n.º 511/06] o 22 de noviembre de 2010 [RC n.º 39/07] entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario.

B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [RC n.º 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios.

C) Como también ha declarado la sentencia de Pleno de esta Sala de 14 de enero de 2010 [RC n.º 2806/2000], el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación

de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008). No obstante, diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia del propietario. En este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.

D) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la parte actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia que declaró la separación entre ella y su esposo, hijo del demandante, le atribuyó el uso de la vivienda. Sin embargo, el uso que la demandada ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada

en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario.

E) La sentencia recurrida, al calificar dicha situación como de comodato se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Se debe, por lo tanto, estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida, y, ya en funciones de instancia, procede estimar la demanda interpuesta por D. Jesús María contra D.^a Fermina, declarando haber lugar al desahucio de esta del inmueble sito en (...) n.º (...), (...) de Elda condenándola a que la desaloje y deje libre dentro del término legal, con el apercibimiento de hacerlo a su costa, si no lo hiciesen voluntariamente.

Asimismo, procede, en cumplimiento de lo dispuesto en el último inciso del párrafo tercero del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

Se acuerda la resolución del contrato de arrendamiento y se reitera como doctrina jurisprudencial que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de marzo de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

D. Felipe arrendó en el año 1970 un inmueble a D. Juan Antonio falleciendo este último el 10 de diciembre de 1998, había tenido el arrendador de este en el año 2005.

D. Felipe promovió demanda de juicio declarativo ordinario contra D.^a Graciela sobre resolución de contrato de arrendamiento de vivienda en la que, tras alegar los hechos y

fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Se dicte en su día sentencia por la que estimando la presente demanda en todas sus partes, se declare extinguido el contrato de arrendamiento citado, conminando al demandado a que deje libre y a la entera disposición del demandante la referida vivienda, y en caso de no hacerlo voluntariamente, que se produzca su lanzamiento, con imposición de todas las costas y gastos causados».

D.^a Graciela contestó a la demanda oponiéndose a la misma, y, suplicando al Juzgado: «En su día se dicte sentencia desestimatoria de la demanda formulada, declarándose por el Juzgado el derecho a la ocupación del inmueble como arrendataria y por tanto su legítima ocupación, o, para el supuesto de no entenderse que mi mandante también es arrendataria del contrato original, de forma subsidiaria, se declare su derecho a la ocupación como subrogada en la posición de su difunto marido al estar correctamente realizada la notificación, con condena en costas en cualquiera de ambos supuestos».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia dictó sentencia el 14 de junio de 2007 desestimando la demanda, al considerar que la demandada y su fallecido esposo ya se encontraban casados cuando se suscribió el contrato y sometidos al régimen de sociedad de gananciales, por lo que, pese a que en el contrato de arrendamiento figura únicamente como arrendador el esposo, se debe concluir que la demandada era arrendataria desde el mismo momento de celebración del contrato, motivo por el que no era necesaria la subrogación a que se refiere la parte actora.

En grado de apelación la Sec. 8.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 3 de diciembre de 2007 desestimando el recurso interpuesto por D. Felipe, al entender, como hiciera el Juzgado de Primera Instancia, que la viuda demandada residía en la vivienda arrendada junto a su familia desde que se celebró el contrato, constante matrimonio, y, por tanto, con anterioridad a la reforma que en materia matrimonial se haría posteriormente y en virtud de la cual se reconocía a la mujer el derecho a actuar en plano de igualdad al marido en lo que a la administración y representación del patrimonio ganancial se refiere. Estos argumentos exigen que se aplique para resolver conflictos como el ahora planteado la tesis de la cotitularidad de ambos cónyuges sobre el arrendamiento, sin que, por tanto, sea necesaria la subrogación regulada en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

D. Felipe interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien acordó la resolución del contrato de arrendamiento, reiterando como doctrina jurisprudencial que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se funda en la vulneración del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 y en la existencia de interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. La cues-

tion jurídica que plantea se centra en determinar si, fallecido el titular firmante de un contrato de arrendamiento de vivienda, el cónyuge viudo debe subrogarse en el contrato para continuar en el arrendamiento o permanece como titular del

mismo en calidad de arrendatario originario pese a no ser el suscriptor formal del contrato. Para ello, el recurrente pone de manifiesto la existencia de dos corrientes jurisprudenciales mantenidas por diferentes Audiencias Provinciales en orden a resolver si, en los supuestos en los que el contrato arrendaticio ha sido suscrito por un solo cónyuge, constante matrimonio, bajo el régimen de gananciales y con la finalidad de establecer la vivienda familiar, una vez fallecido el titular, el cónyuge superviviente debe ser considerado o no como un coarrendatario. En caso positivo, como argumenta la Audiencia Provincial, no resultaría de aplicación el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, dado que el coarrendatario no vendría obligado a subrogarse en el arrendamiento concertado por su cónyuge, al ser titular del contrato. En defensa de esta postura se añade por la sentencia recurrida que, en el caso objeto de examen, el contrato de arrendamiento se formalizó en el año 1970, momento en el que la esposa tenía la capacidad legal limitada, por lo que el esposo era el único administrador de la sociedad de gananciales.

El recurso debe ser estimado. Las discrepancias expuestas por las Audiencias Provinciales en torno a esta cuestión ya han sido solventadas por esta Sala que en la sentencia de 3 de abril de 2009 (Recurso n.º 1200/2004) declaró, como doctrina jurisprudencial, que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento. Y es que la concreción de la figura del arrendatario resulta del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimo-

nial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación existente en el antiguo artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 así como en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.

Como consecuencia de lo razonado, al estimarse fundado el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe casarse la resolución recurrida en el tema concreto relativo a la cuestión de interés casacional, resolviendo sobre el caso y declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la contradicción jurisprudencial. En definitiva, el contrato de arrendamiento se suscribió entre el esposo de la demandada y la madre del actor, sin que al fallecimiento del primero la demandada pusiera en conocimiento de la parte arrendadora tal circunstancia y su deseo de subrogarse en la posición de su esposo, dentro del plazo y en los términos exigidos en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, motivo por el que se debe declarar la extinción del contrato.

En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada, se estima la demanda y se declara extinguido el contrato de arrendamiento de la vivienda situada en la (...), n.º (...), escalera (...) piso (...), puerta (...) de Valencia y se condena a la demandada a que la deje libre y a la entera disposición del demandante.

Igualmente, se debe reiterar como doctrina jurisprudencial que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

El pago del préstamo de la hipoteca tras la separación no es una carga del matrimonio sino que constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2.º CC, por lo que su pago debe hacerse por mitad y no en función de los ingresos que tengan los cónyuges.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2011

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Antón y D.ª Andrea contrajeron matrimonio en 1991. Tuvieron 2 hijos que en el momento de presentación de la demanda de divorcio eran menores de edad.

D. Antón interpuso demanda de divorcio contra D.ª Andrea, solicitando se dictasen entre otras las siguientes medidas: «A) GUARDA Y CUSTODIA Y USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA CONYUGAL. Procede se adjudique el uso de la vivienda familiar, por períodos temporales de seis meses, a cada uno de los consortes litigantes, toda vez que es la única vivienda de la que disponen los mismos; así como la guarda y custodia de los menores de forma compartida a ambos progenitores, también por períodos temporales de seis meses a cada uno de los cónyuges, coincidiendo ésta con los períodos de atribución de la vivienda familiar, y otorgando la patria potestad a ambos consortes litigantes. B) PENSIÓN ALIMENTICIA. Durante el tiempo en que los niños estuvieran con la madre, el padre contribuirá a favor de los niños con una cantidad de 200 Euros mensuales por hijo, es decir, 400 Euros al mes en total, con el incremento del IPC, y ello atendiendo a las circunstancias económicas del matrimonio. Igualmente, durante el tiempo en el que los hijos estuvieran con su padre, la madre contribuirá a favor de los niños con una cantidad de 200 Euros mensuales por hijo, es decir, 400 Euros al mes en total, con el incremento del IPC, y ello atendiendo a las circunstancias económicas del matrimonio. C) PENSIÓN COMPENSATORIA. Siendo que ambos cónyuges trabajan, y atendiendo no sólo a sus ingresos, sino sobre todo a sus posibilidades de trabajo, y teniendo en cuenta sus edades y sus cualificaciones profesionales, en este caso ambos de ámbito universitario, ninguna pensión compensatoria debe soportar ninguno de ellos».

Por su parte D.ª Andrea presentó demanda de divorcio contra D. Antón solicitando las siguientes medidas: «A) GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Que se atribuya a la madre, D.ª Andrea, la guarda y custodia de los menores, habida cuenta que siempre ha sido esta quien les ha dispensado los cuidados que los mismos necesitan. La patria potestad será compartida entre ambos progenitores. B) RÉGIMEN DE VISITAS. Solicitamos que se establezca a favor del Sr. Antón el siguiente régimen de visitas: a) Ordinario: consistente en fines de semana alternos, desde las 10 horas sábado a las 20 horas del domingo, debiendo recoger y reintegrar el Sr. Antón a menores en el domicilio materno, y estando personalmente el padre con sus hijos. Se solicita tal condición dado que el demandado ha rehecho su sentimental y su propósito es dejar a sus hijos con su madre u otro familiar del padre con los que los menores apenas tienen relación. b) Extraordinario: consistente en vacaciones escolares de Navidad, semana Santa, Fallas y Verano por mitad entre ambos progenitores, eligiendo en caso de discrepancia, el padre los años pares y la madre los

impares. En caso de que el padre, personalmente y por motivos profesionales no pudiera, se quedarán con la madre. C) **DERECHO DE USO DEL DOMICILIO FAMILIAR.** Que se atribuya a la Sra. Andrea y a los hijos el derecho de uso del domicilio familiar sito en L'Eliana (Valencia), (...) n.º (...), del que ya ha salido el esposo para fijar el suyo propio. D) **PENSIÓN ALIMENTICIA.** Que se fije en tal concepto y con cargo al Sr. Antón la suma de 2.000 euros por cada uno de los hijos, que deberán ser ingresados en la cuenta designada por la Sra. Andrea al efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha suma será actualizada anualmente conforme a los Índices de Precios al Consumo que anualmente publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirlo. Los gastos extraordinarios de los menores serán satisfechos íntegramente por el Sr. Antón. E) **CARGAS DEL MATRIMONIO.** Se solicita que se fije en tal concepto y con cargo al Sr. Antón, la suma de 2.000 euros mensuales, que deberán ser ingresados en la cuenta que designe al efecto la Sra. Andrea. F) **PRÉSTAMO HIPOTECARIO.** Solicitamos que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, suscrito con el BSCH, por el que se abona una suma de 869,59 euros mensuales, sea satisfecho por el esposo como carga familiar».

Acumulados ambos procedimientos y presentados los correspondientes escritos de contestación, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Liria dictó Sentencia el 23 de febrero de 2007 declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: 1.º Los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la custodia de la madre, si bien la patria potestad continuará siendo ejercida conjuntamente por ambos padres. 2.º El padre tendrá en su compañía a los menores, recogidos el viernes a la salida del centro escolar y reintegrados el domingo en el domicilio familiar a las 20 horas. Aquellos meses que no existan clases por las tardes los menores se recogerán en el domicilio materno a las 18.00 horas del viernes. Asimismo tendrá derecho a la mitad de las vacaciones escolares de Fallas, verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo estos períodos los años pares el padre y los impares la madre. 3.º En concepto de pensión alimenticia para los hijos, Antón abonará a su esposa la cantidad de 350 euros mensuales para cada uno de los hijos, por meses anticipados y dentro de los primeros cinco días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente, y de forma automática a la fecha de la presente resolución, con acuerdo a la variación experimentada por el índice general de precios de consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Todos los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán satisfechos por mitad por los progenitores; así como los convenientes para su formación de mediar acuerdo o autorización judicial. Se considerarán gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico concertado por los progenitores. 4.º El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y a la progenitora custodia. 5.º Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial. 6.º No ha lugar a establecer pensión compensatoria. 7.º No ha lugar a la medida de administración de las plazas de garaje por la parte demandada. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y por mitad las comunes.

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 24 de septiembre de 2007, revocando la Sentencia del Juzgado en el único sentido de que la recogida de los menores sea a las 18 horas en el domicilio de los mismos, manteniéndose el resto de las demás medidas.

D. Antón interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El esposo solicitó en su demanda que los bienes gananciales se distribuyeran por partes iguales entre los cónyuges, «asumiendo igualmente de la misma forma, por mitad, las cargas que gravitan sobre el matrimonio». La Sentencia del Juzgado en relación con el objeto de este recurso de casación, declaró: «Con relación al pago de la cuota de préstamo hipotecario, y habida cuenta de las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar el auto de medidas provisionales, debe concretarse que en ningún caso podrá satisfacerse a través de la pensión establecida a favor de los hijos, de modo que, teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores se satisfará el 80% del mismo por el Sr. Antón y el 20% por la Sra. Andrea de cada una de las cuotas mensuales». Por su parte, y respecto a esta cuestión la Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 10.^a afirmó que se discutía la cuantía de la prestación por alimentos, señalando que debían tenerse en cuenta «las posibilidades económicas del progenitor, máxime cuando, además, se ha impuesto al progenitor mayor contribución al pago del préstamo hipotecario al afectar el mismo a la vivienda y considerarse como aportación dentro de la pensión alimenticia, por lo que se mantienen ambas medidas, tanto la suma señalada como pensión alimenticia como la aportación al pago del préstamo hipotecario».

Discute el recurrente si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del art. 91 CC, de modo que la sentencia recurrida impone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Señala que entre las Audiencias Provinciales existen dos líneas de solución: a) la representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de fechas 3 marzo 2006, 2 enero 2003, 7 enero 2000, 18 octubre 1999, 13 octubre 1998 y 8 febrero 1999, y las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 27 junio 2005, 9 julio 2003 y 6 julio 2005. En ellas se excluye la naturaleza de carga familiar y, además, se ar-

gumenta que esta Sala requiere el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; b) en contra de esta línea, aporta el recurrente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 21 febrero 2005, 29 junio 2004 y 29 mayo 2001, en el sentido que aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas.

Entiende también que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de quién sea el atributario del uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altere.

El motivo se estima.

Los arts. 90 y 91 CC imponen a los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. A esta dificultad se une la cuestión relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor que con ellos se quede, la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (art.142.1 CC) y el régimen de bienes que rige la economía del matrimonio, de acuerdo con cuya reglamentación se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.

En este conjunto de temas, se debe primar el factor de protección a los hijos, al que responde la regla de la atribución del uso de la vivienda y que ha producido como resultado, no deseable en general, dejar de lado las reglas del régimen de bienes que rigen la forma de su adquisición constante matrimonio para fijar la atención en los demás problemas.

De acuerdo con este planteamiento, que responde a las actuales tendencias en derecho de familia, se debe distinguir entre lo que se

considera carga del matrimonio, según los arts. 90.D) y 91 CC y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

1.º La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 noviembre 2008, donde se dice que: «a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el art. 90D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el art. 1362, 2ª CC. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante».

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el art. 1362, 2 CC, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

2.º Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: i) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y ii) el pago de las cuotas del préstamo

que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En este sentido debe entenderse reproducido aquí lo dicho en la ya citada sentencia de 5 noviembre 2008. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.

3.º Esta solución ha sido también adoptada por el art. 231-5 del Código civil de Cataluña, que modifica el art. 4 CF alegado por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso. Dicho artículo, ha eliminado la consideración como cargas familiares del pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. Además, el art. 233-23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, «las obligaciones contraídas por razón de su adquisición [...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo», mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Estas soluciones coinciden con las adoptadas en la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia anteriormente citada.

En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2.º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC.

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación

procesal de D. Antón contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 24 septiembre 2007, determina la de su recurso de casación. En consecuencia, se casa y anula en parte la sentencia recurrida, manteniéndose todos sus pronunciamientos, incluido

el relativo a las costas, excepto lo relativo a la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, que deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios (la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja) procede dar por extinguido el derecho de uso. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la madre sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2011

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Alexis y D.ª Bernarda contrajeron matrimonio en 1995, habiéndose dictado sentencia de separación en el año 2001.

D. Alexis interpuso demanda de divorcio contra D.ª Bernarda solicitando se dicte sentencia que verse sobre los siguientes extremos: «1) El divorcio del matrimonio contraído por Don Alexis y D.ª Bernarda. 2) En cuanto al domicilio conyugal sito en Navacarnero (Madrid) se atribuya al padre, en el que podrá estar en compañía de su hijo si se le concede la custodia compartida o los días que tenga la guardia y custodia en otro caso. 3) El hijo común del matrimonio, Alexis, continuará bajo la patria potestad de ambos cónyuge. 4) Se acuerda la guardia conjunta o compartida de ambos progenitores de forma que el menor permanezca con uno de los progenitores un curso escolar y el siguiente con el otro. 5) Se establezca a favor del padre un régimen de visitas para el período en el que permanezca el menor con la madre consistente en disfrute de la compañía de su hijo dos días entre semana, de forma que le recoja a la salida del colegio y lo devuelva la madre a las 21 horas del día siguiente. En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano acuerde que se dividan en dos períodos, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares. 6) Fijar la cantidad a satisfacer por Don Alexis, en concepto de alimentos para el hijo menor, la cantidad de 375 euros mensuales, cuando el niño se encuentre en compañía de la madre, y cuando el niño se encuentre en compañía del padre la madre deberá contribuir con esta misma cantidad. Cantidad que se deberá pagar los cinco primeros días de cada mes, en concepto de alimentos para el hijo y que será objeto de revisión anual según el incremento del coste de la vida que publica el Instituto Nacional de Estadística. 7) Se remita de oficio al Registro Civil a fin de anotar la sentencia de divorcio acordada».

La representación de D.^a Bernarda alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dicte sentencia que verse sobre los siguientes extremos: 1. El divorcio contraído por D.^a Bernarda y don Alexis. 2. Fijar la cantidad a satisfacer por D. Alexis en concepto de alimentos para el hijo menor, en la cantidad de 422,90 euros mensuales, que deberá ser abonada en los 5 primeros días de cada mes, actualizándose la misma cada primero de enero conforme al incremento experimentado por el índice de Precios al Consumo, que publica el Instituto Nacional de Estadística. 3. El hijo común del matrimonio continuará bajo la Patria Potestad de ambos Cónyuges. 4. Se remita oficio al Registro Civil a fin de anotar la Sentencia de Divorcio acordada. 5. Que se desestimen el resto de las pretensiones solicitadas por el Actor».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Navalcarnero dictó Sentencia el 27 de junio de 2006 declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: «1. La atribución de la guarda y custodia del hijo menor, Alexis, a la madre D.^a Bernarda, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2. El establecimiento como pensión de alimentos a favor del hijo menor y a cargo del padre en la cantidad de 422,90 euros mensuales, que se ingresarán por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre en la oficina de este Juzgado, actualizándose anualmente conforme al Índice General de Precios al Consumo que apruebe el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. 3. El establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre consistente en un fin de semana al mes y dos tardes entre semana, desde que llega el menor de la ruta escolar, para lo cual irá el padre a recogerle, hasta las 21:00 horas, que acaba las clases. En lo que respecta a los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano se dividirán por mitad eligiendo la madre en los años impares y el padre en los pares. 4. La atribución del domicilio conyugal sito en la carretera de Villamanta 0,200 km de Navalcarnero al padre Don Alexis. 5. Se mantienen el resto de las medidas de la Sentencia de separación de fecha 1 de septiembre de 2001, relativas a los gastos extraordinarios y a la inexistencia de pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges. No procede condena en costa para ninguna de las partes».

En grado de apelación, la Sec. 24.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 25 de octubre de 2007 desestimando el recurso interpuesto por la esposa.

D.^a Bernarda interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda de divorcio, el marido, D. Alexis, pidió, entre otras cuestiones y en lo que afecta al actual recurso, el uso del domicilio familiar, que se había atribuido a la madre en la sentencia de separación, dado que ésta vivía con su nueva pareja y su hijo en una casa adquirida por ambos.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 1 de Navalcarnero, de 27 ju-

nio 2006, decretó el divorcio y en relación a la vivienda y de acuerdo con las pruebas, declaró que «[...] atendiendo al interés más necesitado de protección, que no es otro que el del menor, y acreditado por todo lo anterior que la demandada vive junto con su hijo desde al menos junio de 2005 en el domicilio sito en [...], y no estando acreditadas las obras a las que se refiere la demandada, es procedente que la vivienda se atribuya al actor». La sentencia de la Audiencia

Provincial de Madrid, sección 24, de 25 octubre 2007, en un escueto fundamento señaló que «procede desestimar este motivo del recurso por cuanto está acreditado en autos y perfectamente descrito por el órgano *a quo*, que el domicilio familiar en el caso está abandonado por la Sra. Bernarda y su hijo; que viven en el de la pareja actual de la apelante, como ella misma reconoce en su contestación a la demanda [...], no siendo de recibo las argumentaciones dadas, pues resulta que el domicilio familiar sí es habitable para otras personas».

Alega la recurrente en casación error interpretativo e infracción en la aplicación del art. 96 CC, resolviendo la sentencia recurrida sobre cuestiones en las que hay jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La decisión supone una merma fundamental del derecho del menor a disfrutar del domicilio conyugal. Los pronunciamientos son contradictorios, pues aunque se otorga la guarda y custodia a la madre, se les priva del uso y disfrute del domicilio. Ello genera desprotección y una situación de desamparo, ya que la recurrente carece de bienes cuyo uso sea la vivienda. Aporta como sentencias de comparación las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 7 marzo 2007 y 23 mayo 2005, que defienden la atribución de la vivienda al menor, y en contra, las de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 25 septiembre 2003 y 25 octubre 2007.

El motivo se desestima.

El único motivo del recurso formulado por interés casacional, pretende que se declare una doctrina contradictoria con las reglas que rigen esta materia en el art. 96 CC. Dicha norma tiene como finalidad la protección del interés del menor, que, debe recordarse, establece que a falta de acuerdo entre los progenitores, el uso «corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Esta norma está en relación con la condición de menores de los hijos a los que se atribuye el uso de la vivienda y requieren la actuación protectora de la patria potestad.

Por lo tanto, el art. 96.1 CC atribuye el derecho al uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el art. 154.2.1.º CC. El art. 96.1 CC presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, normalmente propietarios de la vivienda familiar, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia precisamente como titular de la obligación que le impone el art. 154.2.1 CC.

Dicho lo anterior, cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que, no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.

Es por ello que no debe declararse la concurrencia del interés casacional. Es cierto que las sentencias aportadas por la recurrente sientan la doctrina a la que según ella se opone la sentencia recurrida, pero se trata de casos absolutamente distintos al que constituye el supuesto del recurso.

La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, pues el art. 96.1 no contiene ninguna limitación mientras sigan siendo menores. El interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de abril de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Aurelia y D. Esteban habían convivido como pareja. El 30 de octubre de 2003 nació Pedro Enrique, hijo de ambos. Esta relación empezó a deteriorarse, finalizando el 8 de enero de 2006 tras un episodio de violencia, que fue denunciado por la afectada y sus padres.

La vivienda familiar era propiedad de ambos convivientes, por mitades indivisas.

D.ª Aurelia interpuso demanda de juicio verbal de guarda y custodia y regulador de relaciones paterno-filiales, así como de ratificación y extensión de efectos de medidas civiles derivadas de orden de protección contra D. Esteban y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que acuerde las siguientes medidas: 1) Atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad a la madre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre el mismo. 2) Se fije a favor del padre un régimen de visitas, proponiendo esta parte que se verifique bajo la siguiente dinámica (...). 3) Se establezca la obligación de pago del padre de una pensión alimenticia a favor del hijo menor y que esta parte cifra en la cantidad cierta que derive del cálculo del 30% de los ingresos de D. Esteban, proponiéndose en este momento, y quedando al resultado de la prueba que se practique en autos, la cantidad de 350 euros. Dicha cantidad se actualizará anualmente, según las variaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que legalmente le pueda sustituir. 4) Atribución del uso del domicilio familiar sito en La Cistérniga (Valladolid), así como el ajuar doméstico a la madre para que resida en el mismo en compañía del hijo menor. 5) Gastos extraordinarios: los progenitores deberán contribuir al 50% para sufragar los gastos extraordinarios del menor, entendiéndose por tales los educativos, formativos, y los sanitarios no cubiertos por seguro. 6) Se interesa que se acuerde la obligación de pago de la totalidad de la cuota de Hipoteca que grava la vivienda que fuera familiar por D. Esteban en aquellos momentos que mi mandante no perciba ingresos superiores al SMI fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pagándose por mitad la cuota hipotecaria en aquellos momentos en que mi mandante obtenga ingresos superiores al SMI.

D. Esteban contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia conforme al ordinal VI y VII de los fundamentos de derecho de este escrito que instamos se entienda reproducidos y todo ello debiendo satisfacer cada parte las costas propias y las

comunes por mitad, salvo que la contraria se opusiera a nuestra pretensión y concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 394 de la LEC.

El Juzgado de Instrucción número 5 de Valladolid dictó sentencia el 13 de marzo de 2007 atribuyendo la custodia a la madre, fijando un régimen de visitas a favor del padre, atribuyendo el uso de la vivienda familiar al hijo y a la madre; fijando la pensión alimenticia en 210 euros mensuales, en tanto el padre permanezca en situación de baja laboral, incrementándose la pensión a la cantidad de 280 euros mensuales tan pronto como conste su incorporación a su actividad laboral.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Valladolid dictó sentencia el 19 de mayo de 2008 confirmando la sentencia salvo en lo relativo al uso de la vivienda familiar, que limitaba hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes. El argumento jurídico utilizado fue el siguiente: «Por último, sobre la adjudicación del uso de la que fuera vivienda familiar (que nada dispone sobre los derechos dominicales respecto de la misma, por lo que no cabe hablar de transformación del bien privativo en ganancial), en la persona de la madre e hijo (art. 96 CC), solo puede atenderse a lo que viene siendo criterio de este Tribunal: su prolongación en principio de forma indefinida (no ilimitada), hasta que se provea sobre la disolución o división de los bienes comunes (liquidación de bienes en caso de gananciales)».

D.^a Aurelia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien eliminó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial que limitaba temporalmente el uso de la vivienda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso de alegó la infracción legal de los arts. 90, 91 y 96 CC, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisdiccional del Tribunal Supremo, por entrar en contradicción con ella la decisión de la Sala sentenciadora. En primer lugar, señala la recurrente que las normas sustantivas sobre separación y divorcio vienen aplicándose por analogía a los procedimientos verbales sobre guarda y custodia, lo que determina la identidad de los casos, es decir, cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio. La Audiencia Provincial de Valladolid ha mantenido la doctrina que expresa en la sentencia que es ahora objeto de recurso, lo que se opone a la de las sentencias del TS de 28 marzo 2003, 27 diciembre 1999, 20 mayo 1995, 14 julio 1994, en las que se sostiene que el criterio de mantener el uso y disfrute de la vivienda familiar es preferente sobre el derecho a la extinción del dominio. Por ello debe casarse la sentencia en el

sentido de mantenerse el uso y disfrute en tanto se mantenga la situación de guarda.

El Segundo motivo se va a examinar conjuntamente porque en él solo se aportan las sentencias porque resuelven el problema de acuerdo con el criterio sostenido por la parte recurrente. Denuncia la infracción legal de los arts. 90, 91 y 96 CC por existencia de sentencias de Audiencias Provinciales contradictorias con la sentencia dictada por la de Valladolid y recurrida en este caso, todas ellas en relación al pronunciamiento de la limitación del uso y disfrute del domicilio hasta la división y disolución de los bienes comunes. Cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.^a, de 31 marzo 2006, y sección 2.^a, de 30 junio 2005; de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 26 octubre 2007 y sección 3.^a, de 28 julio 2004, y Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.^a de 11 mayo 2005 y sección 3.^a, de 5 abril 2005.

Los motivos se estiman.

Antes de entrar a resolver estos motivos, esta Sala se ve en la obligación de puntualizar algunas cuestiones que se plantean en relación con el recurso de casación y que determinarán la respuesta a este motivo. Debe recordarse que el recurso se plantea en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, pero lo que se discute no son los efectos económicos o de otro tipo que la finalización de la convivencia plantea a los convivientes, sino que se refiere a la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos. Se trata, por tanto, de una cuestión que debe ser resuelta fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño.

1.º El primer problema previo a resolver consiste en la respuesta a la pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC.

2.º Lo anterior responde a la segunda objeción, relativa a que no puede existir aquí interés casacional, porque los casos resueltos en las sentencias que se aportan para justificar dicho interés tratan de situaciones distintas a la que se ha producido en este litigio, porque la convivencia no equivale a matrimonio. En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE.

El art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras, e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examina-

do por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el art. 96.1 CC. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de esta Sala, (9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es

una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

Existiendo hijos menores de edad, no puede limitarse el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011

Ponente: Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Agustina y D. Heraclio contrajeron matrimonio el 25 de junio de 2005.

D.ª Agustina interpuso demanda de divorcio contra D. Heraclio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que estimando la presente demanda, se declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por las partes con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y se adopten las siguientes medidas: 1. La guarda y custodia de la futura hija (sic) a favor de la madre. 2. La patria potestad compartida solo en las cuestiones que excedan de las ordinarias, pues en esta la ostentará el progenitor en cuya compañía se encuentre la hija. 3. El uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de esposa e hija. 4. Como régimen de visitas el padre podrá permanecer en su compañía fines de semana alternos de 10 a 12 de la mañana y de 6 a 8 de la tarde los Sábados y Domingos, durante el periodo de lactancia materna y desde las 10 de la mañana a 8 de la tarde cuando aquella finalice, hasta que la hija cumpla un año, a partir de esa fecha el padre la tendrá en su compañía fines de semana alternos desde las 10 de la mañana del Sábado a las 8 de la tarde del Domingo, y durante la mitad de sus vacaciones laborales, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares. 5. En concepto de pensión de alimentos para la hija del matrimonio se determine la cantidad mensual de 1.800 euros mensuales, actualizables anualmente con el índice de Precios al Consumo que deberá ingresar el esposo dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta que la esposa designe al efecto. 6. Los gastos extraordinarios y necesarios, entendiendo como tales los médicos no cubiertos por la Seguridad Social y los de estudios de la futura hija serán satisfechos por mitad entre los esposos. 7. El pago de la hipoteca que grava el domicilio conyugal por mitad entre los esposos. 8. En concepto de pensión compensatoria para la esposa la cantidad de 200 mensuales, durante dos años. Una vez firme la sentencia, se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil correspondiente para que se haga anotación marginal en el acta de matrimonio de los litigantes. Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso al esposo si se opusiera a la demanda.

D. Heraclio contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la cual se decrete la disolución del matrimonio por divorcio entre Don Heraclio y doña

Agustina, acordando además las siguientes medidas definitivas en la sentencia de divorcio: 1. Divorcio del matrimonio habido entre Don Heraclio y doña Agustina. 2. Patria Potestad. Idéntico con el correlativo. 3. Guarda y custodia: Se acepta la atribución de la Guarda y Custodia sea concedida a la madre, estando conformes con el Régimen de visitas a favor del padre, solicitando esta parte que, las visitas en periodos vacacionales, consistan en la mitad de Navidad, Semana Santa y un mes en el periodo de verano. 4. Atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, a favor de la esposa, con la limitación temporal de la posterior liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, al poseer dos viviendas en matrimonio, y no haber accedido a una negociación amistosa que se ha intentado por esta parte para adjudicar equitativamente sus haberes. 5. Pensión de Alimentos para la menor, esta parte está totalmente conforme en establecer una pensión de alimentos para la futura hija, y también se está conforme con que se establezca conforme a los ingresos inestables de mi representado, pero sobre la realidad económica actual de mi representado y conforme a los criterios de la Audiencia de Valladolid que están entorno al 25%, fijándola en la cantidad de 850 euros mensuales mas el 50% de los gastos extraordinarios, cantidad más que suficiente para cubrir los gastos necesarios para la menor. 6. Disolución del régimen económico de gananciales, como medida inherente a este procedimiento. 7. Pensión Compensatoria. Esta parte cree, por todo lo expuesto anteriormente, que no se tiene que fijar pensión compensatoria a favor de la esposa Doña Agustina por no cumplir con los requisitos del Código Civil, al ser una mujer joven y con un trabajo bien remunerado y haber durado el matrimonio apenas un año y medio, y no suponer un desequilibrio económico, y menos cuando liquiden su sociedad de gananciales. 8. Las cargas del matrimonio, créditos, etc. serán sufragadas por mitades por los esposos, y todo ello con expresa imposición en costas a la parte demandante.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 3 de Valladolid dictó sentencia el 16 de octubre de 2007, declarando el divorcio y acordando entre otras medidas atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar sito en la localidad de Arroyo de la Encomienda sin el límite temporal que solicita la parte demandada y ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la Sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial (art. 96 del Código Civil); la carga hipotecaria que grava la vivienda familiar será abonada al 50% por los cotitulares.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Valladolid dictó sentencia el 5 de septiembre de 2008 estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. Heraclio y revocando parcialmente la sentencia de instancia en el exclusivo sentido de fijar la pensión alimenticia a cargo del Sr. Heraclio en la cantidad de 800 euros mensuales anualmente actualizables con arreglo al IPC y en el de limitar temporalmente el uso y disfrute de la que fuera vivienda conyugal a la Sra. Agustina y su hija al momento en que se produzca la liquidación de la sociedad ganancial.

D.^a Agustina interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que dejó sin efecto la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, al resolver el recurso siguió su doctrina habitual y decidió que procedía estimar la pretensión contenida en el recurso presentado por D. Heraclio relativa a la atribución por tiempo limitado del domicilio familiar, «[...] por cuanto al margen de los acuerdos que libremente y en cualquier momento puedan alcanzarse respecto del que fuera hogar familiar, viene siendo ya criterio reiterado de esta Audiencia Provincial, salvo en supuestos en que dicha medida no resulte oportuna o procedente, el limitar temporalmente el uso y disfrute del que fuera hogar familiar al progenitor custodio al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar y posibilitando así que las economías de ambos ex cónyuges puedan resarcirse con el reparto, adjudicación o venta del referido inmueble ganancial».

El Ministerio Fiscal propone la estimación del recurso de casación.

El único motivo del recurso es la infracción del art. 96 CC, por establecer una limitación del uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, con privación de dicho uso al menor de edad. Entiende la recurrente que se produce una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Señala que en este punto existen dos líneas jurisprudenciales: a) la primera contenida en la sentencia impugnada y en las de la misma sección de la Audiencia Provincial de Valladolid (n.º 17/2007, de 17 enero; n.º 342/2007, de 15 octubre), que admiten la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor, permitiendo que pueda extinguirse este uso siendo menor el hijo y, por tanto, dependiente; b) una segunda línea la identifica la recurrente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 209/2007, de 18 mayo; 514/2005, de 14 octubre, que cita a su vez otras en el mismo sentido, que consideran imperativa la aplica-

ción del art.96 CC y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores.

El motivo se estima.

El art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la in-

interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida se opone a lo que establece el art. 96.1 CC.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios.

Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto. Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los ca-

sos de separación/divorcio de parejas casadas. Dicha doctrina, que se repite, establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

La estimación del único motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.^a Agustina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.^a, de 5 septiembre 2008, determina la de su recurso de casación. En consecuencia, se casa en parte la sentencia recurrida y debe procederse a reponer en este exclusivo punto la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Valladolid, de 16 octubre 2007 cuyo fallo dice «2. Atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor, el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar sito en la localidad de Arroyo de la Encomienda sin el límite temporal que solicita la parte demandada y ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial (art. 96 CC). La carga hipotecaria que grava la vivienda familiar será abonada al 50% por los cotitulares».

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se decreta la nulidad por simulación de las compraventas realizadas por el esposo en pago de una deuda que mantenía el matrimonio con sus padres, no apreciándose la caducidad al considerarse que se trata de un caso de nulidad absoluta. No es ilícita la prueba documental presentada por la esposa, consistente en una carta en la que remitente y destinatario son el cuñado y el esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 28 de abril de 2011

Ponente: **Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Delfina contrajo matrimonio con D. Rodrigo en 1972. Su régimen matrimonial era el de gananciales. Tres meses después de casarse, otorgaron un poder muy amplio a favor de los padres del marido, D. Rodrigo y D.^a Guillerma.

El matrimonio tuvo dos hijos, D. Eloy y D.^a Amanda.

En el mes de abril de 1990 se insta la separación de los cónyuges, dictándose sentencia el 20 de septiembre de 1991.

Los cónyuges D. Rodrigo y D.^a Delfina realizaron un reconocimiento de deuda de 36.060,73 euros en 1985, a favor del matrimonio formado por D. Juan Luis y D.^a Guillerma. En pago de esta supuesta deuda, D. Rodrigo otorgó una serie de contratos de compra-venta de una serie de inmuebles a favor del matrimonio acreedor.

D.^a Delfina demandó a D. Rodrigo; sus hijos D. Eloy y D.^a Amanda; sus cuñadas D.^a Sandra y D.^a Guillerma; su cuñado D. Juan Luis; su sobrino D. Antón y las sociedades limitadas DOJUDINIM, CABAL ASESORES y JUYTO. En su demanda acumuló diversas acciones: a) la de liquidación de la sociedad de gananciales; b) la acción de nulidad radical por simulación absoluta de una serie de escrituras, y c) el inventario de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el resultado de la anterior impugnación.

El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Alicante dictó sentencia el 17 de octubre de 2005 desestimando la demanda, por considerar: a) que D.^a Delfina estaba ejerciendo una acción de anulabilidad, no de nulidad, por lo que había caducado por el transcurso de cuatro años; b) que la disolución de la sociedad de gananciales se produjo en el momento en que recayó sentencia firme de separación, por tanto, el 4 de febrero de 1992; c) determinó los bienes que debían incluirse en la liquidación de los gananciales.

En grado de apelación la Sec. 4.^a de la AP de Alicante dictó sentencia el 15 de febrero de 2007 estimando en parte el recurso interpuesto por D.^a Delfina declarando la nulidad por simulación absoluta de los negocios jurídicos que se narraban en la demanda, declarando al mismo tiempo los bienes que debían integrar el activo de la sociedad de gananciales. En síntesis se indica en la sentencia que: a) La acción no había caducado, porque se ejerció una acción de nulidad; b) Respecto de la de nulidad por simulación de los contratos celebrados sobre una serie de bienes inmuebles que se enumeran en la sentencia, se señaló que una reiterada jurisprudencia subraya que en la simulación es de suma importancia la prueba de indicios y presunciones; a continuación enumeraba los indicios, de los que debía deducirse la concurrencia de simulación, de modo que respecto de los bienes que se enumeran, había base suficiente para apreciar su concurrencia; c) un cuarto grupo de bienes quedaba afectado por otras presunciones de simulación, lo que llevaba a la declaración de nulidad de los contratos celebrados, por lo que la sentencia concluía que «todas las operaciones reseñadas revisten las características de una simulación absoluta por inexistencia e ilicitud de la causa» y producen: a) la declaración de nulidad de todos los negocios jurídicos reseñados; b) la obligación de estar y pasar por esta declaración y la de restituir a la sociedad de gananciales dichos bienes; c) la obligación, subsidiaria a la anterior, de indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios ocasionados en el caso que la restitución resultase imposible. A continuación, establecía el inventario de la sociedad.

D. Eloy y D.^a Amanda; D.^a Sandra; D. Juan Luis y D. Antón, por un lado y D. Rodrigo y D.^a Guillerma y CABAL ASESORES, S.L. por otro interpusieron recursos por infracción procesal y de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recursos presentados por D. Eloy y D.^a Amanda; D.^a Sandra; D. Juan Luis y D. Antón

A) Recurso extraordinario por infracción procesal

Se denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia en relación con el art. 218.2 LEC. Se refieren a diversos extremos, que se resumen para presentarlos claramente:

1.º Las presunciones utilizadas para declarar la simulación. En relación a un reconocimiento de deuda firmado por D. Rodrigo y su esposa a favor de Juan Luis, recurrente y su esposa, se dice que es un acto de mera complacencia, pero en realidad existía ya una deuda inicial que vinculaba a la demandante/recurrida.

2.º Se ignora la prueba producida sobre que el matrimonio Rodrigo-Delfina no tenía necesidad de acudir al crédito familiar.

3.º Se produce una infracción del art. 233 CC, porque la confesión judicial debe tomarse como un todo unitario y no parcialmente.

4.º La sentencia ignora la valoración conjunta de las confesiones del Sr. Juan Luis.

5.º De las diligencias penales seguidas, que se han archivado libremente a favor de los recurrentes, se debe deducir que no ha quedado probada la conducta simulatoria de los demandados.

6.º En la apreciación de la prueba, el Tribunal confunde el negocio fiduciario con el negocio simulado sin causa.

7.º Se ha producido un enriquecimiento injusto.

El motivo no se estima. Nos hallamos ante un recurso en el que se presenta a la consideración del Tribunal un relato fáctico absolutamente distinto del que la sentencia recurrida declara probado y de donde los recurrentes infieren los indicios que les llevan a considerar no probada la simulación. Mediante la negativa de estos indicios y una valoración diferente de la prueba, los recurrentes pretenden que se declare que la

supuesta dación en pago para hacer efectivo un supuesto crédito de los recurrentes al matrimonio Rodrigo-Delfina era cierta y efectiva, y ello porque la propia sentencia dice que «resulta absolutamente desproporcionado que la deuda reconocida fehacientemente de 6.000.000 Ptas del año 1985 haya servido en 1990 para la dación en pago de dos viviendas y cuatro plazas de aparcamiento en Alicante más todas las mitades indivisas de los bienes relacionados sitios en Córdoba».

Lo dicho en el anterior párrafo implica que no se ha tenido en cuenta el principio de libre valoración de la prueba por el juzgador de instancia, que el resultado solo es revisable en casación cuando resulta contrario a las reglas de la lógica y la razón. Los hechos declarados probados sirven para que, en materia de simulación, la sentencia recurrida determine los indicios que la llevan a identificar una simulación fraudulenta entre el marido y los demandados, ahora recurrentes, y todo ello con la finalidad de que determinados bienes gananciales no figuraran en el activo de la sociedad. Por ello, todas las conclusiones que se plantean en el motivo no son más que intentos de cambiar los hechos declarados probados por una vía no aceptable en casación.

B) Recurso de casación

Se alega la infracción del art. 1261 CC. Dice que las escrituras que se han declarado nulas son válidas porque concurre el consentimiento de D. Rodrigo, existiendo, además, objeto cierto y causa lícita, como lo es la dación en pago de los inmuebles para liberar al matrimonio Rodrigo-Delfina de una deuda que mantenían con el matrimonio Juan Luis-Amanda. Pero la escritura a que se refiere el FJ 5.º de la sentencia recurrida y referida a la compra por los hermanos Rodrigo, Amanda, Sandra, Guillerma, de una finca en Córdoba, es nula de pleno derecho por faltar el consentimiento del Sr. Rodrigo, al no haber éste ratificado el mandato verbal de su hermana. Vuelve a insistir en la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, que, a su parecer, llega a una interpretación errónea en relación con el art. 1275 CC. Dice, en síntesis, que

las escrituras ni son nulas, ni anulables por haber cumplido todos los requisitos del art. 1261 CC, ni existe ninguno de los vicios señalados en el art.1301 CC.

El motivo se desestima. Los recurrentes pretenden que se modifiquen en casación los hechos que se han declarado probados, con lo que incurrirían claramente en el vicio casacional denominado «supuesto de la cuestión», «que se produce, tanto cuando se contradice la base fáctica de la sentencia recurrida, como cuando se razona marginándola, en cuyo caso se produce un argumento artificioso, dado que lo planteado no es la solución que procede, sino la que hubiera procedido de haber sido las cosas de otra manera —la pretendida por la parte recurrente—» (STS de 8 octubre 2010, así como las de 17 noviembre y 27 octubre del mismo año, entre muchas otras).

Insisten los recurrentes en temas que reconducen al resultado de la prueba llevada a cabo, con la que no coinciden, lo que de acuerdo con abundante y unánime jurisprudencia de esta Sala está vedado en casación, pues en su caso y en los limitados supuestos que admite la jurisprudencia con amparo en el art. 469.1.4.º LEC, únicamente cabe tal revisión en el seno del recurso extraordinario por infracción procesal (STS de 27 diciembre 2010, por no citar sino una de las más recientes).

2. Recursos de D. Rodrigo, D.ª Guillerma y CABAL ASESORES, S.L.

A) Recurso extraordinario por infracción procesal

Alegan los recurrentes que la sentencia recurrida infringe las normas procesales de regulación de la sentencia, por vulnerar el art. 218.2 LEC, en relación con el art. 11.1 LOPJ, en cuanto que impide valorar la prueba obtenida ilícitamente, ya que la demandante la obtuvo de forma que lesionaba los derechos fundamentales de los recurrentes; se trataba de una correspondencia privada entre el Sr. Antón y el Sr. Amanda, cuñado y marido de la demandante/recurrida, en la que se efectuaban referencias a la liquidación de las rentas de determinados inmuebles. La utilización de esta correspondencia que, a pesar de

haber sido obtenida de forma ilícita, ha sido valorada por la juzgadora, contamina el fallo de la sentencia recurrida y por ello debe ser revocada. Según los recurrentes, estas pruebas se impugnaron de forma general al responder a la demanda, tanto en la contestación, como en el recurso de apelación de la demandante, en que se alegó el art. 11.1 LOPJ.

Este motivo se desestima.

El art. 11.1 LOPJ establece que «no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos y libertades fundamentales». Esta norma impide que se lesionen en el procedimiento, derechos fundamentales de los litigantes, como señala la STS de 23 febrero 2006.

La regla debe completarse con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ilicitud de la prueba. El art. 287 LEC establece un incidente procesal para que quien sostiene la ilicitud de las pruebas aportadas al proceso y admitidas, lo ponga de manifiesto a los efectos de evitar que tales pruebas figuren entre los documentos. Dicha disposición impone, por tanto, a la parte que sostiene que los documentos u otras pruebas se han obtenido de forma ilícita y que se hayan admitido, la carga de probar que para obtener aquella prueba se han violado derechos fundamentales o bien que ella misma constituye una lesión de tales derechos. El párrafo Cuarto del art. 287 LEC establece que dicha cuestión «se resolverá en el acto del juicio, o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba», oyéndose a las partes, practicándose las pruebas sobre la ilicitud que se consideren pertinentes. El juez debe resolver, pudiendo recurrirse en reposición, que se resolverá en el mismo acto (art. 287.3 LEC).

Por tanto, en relación a la cuestión suscitada por los recurrentes en su recurso extraordinario por infracción procesal, debe puntualizarse lo siguiente:

1.º Los recurrentes no reaccionaron correctamente en el momento adecuado, según la ley procesal, puesto que no utilizaron en ningún momento el incidente previsto en el art. 287 LEC. No es suficiente la oposición general

formulada en la contestación a la demanda en la que se decía que «para terminar este apartado ya que como hemos dicho nos remitimos expresamente a la copiosa contestación de los otros demandados, queremos impugnar cuantos documentos se le atribuyan, directa o indirectamente en la demanda al Sr. Amanda que no sean reconocidos expresamente por éste en este procedimiento», esa genérica oposición no siguió las reglas contenidas en el art. 287 LEC (STS 28 octubre 2010 RC n.º 2268/2006), puesto que debía iniciar el incidente cuando se admitieron las pruebas a las que ahora se refiere.

2.º El art. 469.2 LEC establece que «solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, esta o la vulneración del art. 24 CE se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido en la instancia o instancias oportunas». De ahí debe entenderse que poniendo en relación los arts. 287 y 469.2 LEC, como la carga de acreditar la ilicitud de la prueba corresponde a quien la sostiene, a quien la ley obliga a ponerlo de manifiesto inmediatamente después de su admisión, y a recurrir en reposición contra la decisión que resuelva el incidente, el incumplimiento de este requisito ha de valorarse a los efectos del art. 469.2 LEC como un presupuesto de inviabilidad del recurso por infracción procesal. Por ello no puede fundarse el recurso en este caso en el art. 218.2 LEC.

3.º Además, y respecto al contenido de la prueba que se dice que viola el derecho a la intimidad del demandado D. Rodrigo, debe distinguirse entre la ilegalidad de la obtención y la idoneidad de dicho documento para probar; como afirma la STS de 8 abril 2010 (Rec. n.º 514/2006), entran en juego dos derechos fundamentales, el art. 24 CE, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva, y el art. 18.1 CE, es decir, el derecho a la intimidad y que, en consecuencia, debe efectuarse una adecuada ponderación, por lo que no debe prevalecer siempre la intimidad. En este caso, el documento privado consistente en una carta donde se explicaban de-

terminadas cuestiones relativas a las operaciones realizadas, ni era definitiva para la prueba de la simulación, como se deduce de la abundante prueba documental analizada en la sentencia recurrida, ni se ha probado que haya sido obtenida ilegítimamente, ni que su contenido fuera íntimo y por tanto, que su incorporación a las pruebas lesionara el derecho a la intimidad ahora alegado.

4.º Se dice en el recurso que la demandante recurrida alega que encontró estos documentos en una bolsa de basura, aunque no lo ha probado. Si ello fuera así, demostraría que el propio autor de esta correspondencia no estaría interesado en conservar los documentos, por lo que, una vez abandonados, podrían ser objeto de apropiación por cualquiera.

5.º Como se ha dicho, y por los argumentos utilizados, no es posible aceptar la infracción alegada del art. 218.2 LEC, ni el art. 11.1 LOPJ.

En otro submotivo, se atribuye a la sentencia recurrida haber ignorado la prueba de confesión judicial de D. Rodrigo, que negaba haber adquirido uno de los locales juntamente con sus hermanas. Las propias hermanas sostuvieron lo mismo, lo que vulnera la doctrina de esta Sala en el sentido de que la confesión judicial debe ser tenida en cuenta en combinación con las otras pruebas, máxime cuando se trata de otras confesiones judiciales.

Este submotivo se desestima. La antigua prueba de confesión judicial, ahora denominada «interrogatorio de las partes», tiene una regla concreta de valoración en el art. 316.2 LEC, que establece que debe valorarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Solo cuando sea irracional o inadecuada, puede entrarse por esta Sala en volverla a examinar, y nada de esto ha ocurrido en el presente procedimiento.

B) Recurso de casación

En el único motivo del recurso de casación se dice infringido el art. 1261 CC, porque las escrituras que se declaran nulas fueron otorgadas mediante el poder general para vender otorgado en su momento por los cónyuges y no revocado, por lo que concurría el consentimiento. Además, concurrió objeto y causa lícita.

Asimismo, se alega la infracción del art. 1365 CC, en relación con los arts. 6 y 7 CdeC, puesto que las deudas contraídas por el Sr. Rodrigo lo fueron por actos de comercio, por lo que los patrimonios de los cónyuges responden de las deudas, sean o no comerciantes quienes los ejecuten.

Finalmente, se denuncia que las escrituras no son ni nulas ni anulables y que si se consideraran anulables, el plazo para el ejercicio de la acción, establecido en el art. 1301 CC, es de caducidad, por lo que habría caducado el plazo para el ejercicio de la acción.

El único motivo del recurso de casación se desestima.

De la misma manera como ocurre en el recurso extraordinario por infracción procesal, existen tres grupos de argumentos en este motivo que pueden considerarse como submotivos. Por ello, se va a efectuar una argumentación independiente para cada uno de ellos.

1.º Argumentos relativos a la validez y existencia del contrato. Se reproducen casi exactamente los argumentos contenidos en el recurso anterior y que han sido examinados en

el Fundamento tercero de esta sentencia. Nos remitimos a este fundamento, que debe considerarse incorporado por remisión.

2.º Los argumentos relativos a la vulneración del art. 1365 CC y de los artículos correspondientes al Código de comercio en relación a la vinculación de los bienes gananciales por el ejercicio del comercio del otro cónyuge no son objeto de discusión en la sentencia recurrida. Los recurrentes hacen de nuevo supuesto de la cuestión, por lo que estos argumentos deben ser también rechazados.

3.º Finalmente y respecto a la naturaleza atribuida por esta Sala al plazo para el ejercicio de la acción de anulación prevista en el art. 1301 CC, nada se ha infringido en la sentencia recurrida. En ella no se dice si el plazo es o no de caducidad, sino que al entenderse probada la nulidad de los negocios jurídicos que se describen en la sentencia por haber sido probada la simulación, nada importa la naturaleza del plazo del art. 1301 CC, porque lo que se está ejerciendo es una acción de nulidad por simulación de los contratos, que se ha probado y esta no está regida por el plazo de caducidad del art. 1301 CC.

CUESTIONES PROCESALES

La competencia para conocer del juicio verbal instado por el ex esposo reclamando a la esposa las pensiones alimenticias y compensatorias percibidas indebidamente tras dictarse la sentencia de modificación de medidas corresponde al juzgado que dictó la sentencia y no a aquel en el que tiene actualmente su domicilio la ex esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 29 de marzo de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

En autos de modificación de medidas dictadas en procedimiento de divorcio, que se siguieron con el n.º 908/2005 en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza, a instancia de Don Evaristo frente a su ex esposa Doña Celestina, recayó sentencia de 29 de septiembre de 2006 por la que, en lo que aquí interesa, se declaró la extinción de la pensión de alimentos a favor de la hija mayor del matrimonio, D.ª Gloria, y de la

pensión compensatoria de la demandada, ambas fijadas en sentencia de divorcio de 31 de julio de 1999, a partir de que transcurriera un año desde la notificación de dicha resolución.

En fecha 15 de octubre de 2009 se presentó ante el decanato de los Juzgados de Málaga por Don Evaristo frente a Doña Celestina, domiciliada en la ciudad de Málaga, (...), (...), (...), demanda de juicio verbal en reclamación de la

suma de 2.103,50 euros que el demandante entiende indebidamente percibida por la demandada, en cuanto se correspondería con el importe de su pensión y la de su hija que la sentencia dictada en autos de modificación de medidas declaró extinguidas desde que fue notificada dicha resolución el 9 de octubre de 2006 y hasta que a partir de providencia de fecha 6 de mayo de 2008 se dejaron de retener de la nómina del demandante los importes de aquellas pensiones.

Turnado el asunto al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Málaga, que lo registró con el n.º 2111/2009, se dictó providencia de fecha 24 de noviembre de 2009 acordando oír al Ministerio Fiscal sobre la posible falta de competencia del Juzgado, a la vista de lo dispuesto en los arts. 61 y 545 de la LEC y por entender su titular que se trataba de una incidencia surgida en el seno de la ejecución de la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza en sus autos 908/2005.

El Ministerio Fiscal dijo mostrar su conformidad con la incompetencia territorial consultada y con fecha 14 de enero de 2010 se dictó auto por el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Málaga por el que se declara incompetente territorialmente para conocer del presente procedimiento, acordando la remisión de las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza.

Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza, que las registró bajo el n.º 908/2005, se dictó providencia de fecha 13 de julio de 2010 acordando oír al Ministerio Fiscal sobre la posible falta de competencia territorial del Juzgado, por deberse de aplicar el fuero del domicilio del deudor en el juicio verbal remitido y ello por entender que el citado juicio verbal es un asunto autónomo del procedimiento de modificación de medidas definitivas 908/05 ya archivado.

El Ministerio Fiscal, luego de dejar constancia de que ciertamente se embargó de la nómina del Sr. Evaristo más cantidad de la debida y éste reclamó la devolución a la Sra. Celestina en el presente procedimiento, sin que conste en la causa actuación posterior alguna, dictaminó que, tratándose el juicio verbal interpuesto en Málaga de un procedimiento independiente de reclamación de cantidad, la competencia territorial le corresponde al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Málaga.

Por el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza se dictó auto de fecha 20 de octubre de 2010, declarando la falta de competencia territorial de dicho órgano jurisdiccional y acordando remitir las actuaciones al Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a esta Sala, que las registró con el n.º 592/2010, nombrado ponente el que lo es en este trámite y pasadas aquéllas para informe al Ministerio Fiscal, éste ha dictaminado que el Juzgado competente para resolver la cuestión es el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza, pues no cabe duda de que se trata de un incidente irremisiblemente unido al pleito principal de donde procede, indisolublemente, la irregularidad dineraria cuya corrección ahora se postula.

Definidos en los antecedentes los términos de la presente cuestión de competencia, procede resolverla, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal y en aplicación de lo dispuesto en el art. 61 LEC, declarando la del Juzgado de Ibiza, pues, ciertamente, la irregularidad dineraria cuya corrección se interesa en los autos incoados por el Juzgado de Málaga, lejos de ser independiente del pleito de modificación de medidas seguido ante el Juzgado de Ibiza, se produjo precisamente en ejecución de la sentencia que le puso fin, por lo que no cabe negarle el carácter incidental de este último que merece.

PACTOS PREMATRIMONIALES

Validez del contrato suscrito entre los cónyuges tras reconciliarse previendo las consecuencias económicas ante una futura crisis de la pareja en el que se fijaba a favor de la esposa una pensión mensual. Sin embargo, no se considera que el citado documento contenga una donación de un inmueble, sino solo una promesa de donación que además recae sobre un bien indeterminado lo que impide su validez.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2011

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Angélica y D. Claudio contrajeron matrimonio el 1 de junio de 1987. El 17 de octubre de 1989, la esposa dedujo demanda de separación y de medidas provisionales contra su marido. Posteriormente se produjo la reconciliación de los cónyuges y el desistimiento de la demanda de separación por parte de la esposa. Entre el desistimiento y la presentación de la segunda demanda en 1992, nació un hijo del matrimonio.

El 30 de noviembre de 1989, los cónyuges acordaron disolver la sociedad de gananciales. El mismo día elevaron a escritura pública un documento en el que se constan los siguientes pactos: «PRIMERO. D.ª Angélica procederá a desistir del procedimiento de separación entablado contra su esposo [...]. SEGUNDO. En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente: a) A entregar a su esposa, desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 Ptas. mensuales, más el importe de su actualización mediante la aplicación de las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo, desde esta fecha hasta el momento del nacimiento de la obligación de pago, [...]. La cantidad que resulte deberá ser abonada por el Sr. Claudio a la Sra. Angélica por mensualidades anticipadas [...]. B) A donar un piso o apartamento a D.ª Angélica. El citado piso o apartamento será elegido libremente por la Sra. Angélica, pero en ningún caso el precio del mismo podrá exceder de la cantidad equivalente a 30 millones de pesetas, valor a la fecha, que por tanto habrán de actualizarse desde este momento hasta que se origine el nacimiento de la obligación, de acuerdo con las variaciones que haya experimentado desde esta fecha el índice de precios al consumo, [...]. El exceso de precio, si lo hubiere, será abonado por D.ª Angélica».

Con posterioridad a la firma de dichas escrituras y subsistiendo las desavenencias en el matrimonio, D.ª Angélica dedujo nueva demanda de separación en 1992, recayendo sentencia el 30 de julio de 1993 y posterior sentencia de divorcio. Se confirmó la inexistencia de desequilibrio económico entre los cónyuges, por lo que no se procedió a fijar pensión compensatoria, quedando a cargo del padre únicamente la contribución a los alimentos del hijo.

D.ª Angélica promovió juicio ejecutivo, pretendiendo la ejecución de los pactos contenidos en la escritura de referencia, por haberse cumplido las condiciones contenidas en el pacto de 1989. La sentencia del juzgado n.º 39 de Madrid, de 19 de enero de 1999, con-

firmada por la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de febrero de 2002, declaró la nulidad del juicio ejecutivo por considerar que la deuda reclamada era ilíquida.

D.^a Angélica interpuso demanda de juicio ordinario contra su ex esposo D. Claudio solicitando que se dictara sentencia por la que: 1) Declare el derecho de mi representada a reclamar todas las cantidades que han resultado impagadas hasta el día de hoy, y eran objeto del pacto Segundo A), sirviendo de base para el cómputo de las cantidades debidas 200.000 ptas. mensuales, y desde la fecha en que se originó la separación por sentencia de 30 de julio de 1993, hasta el presente mes de mayo, con los incrementos experimentados por el IPC desde el momento del otorgamiento del pacto en 30 de noviembre de 1989, hasta el presente mes de mayo, y que suponen 176.583 euros. 2) Condene al demandado, consecuentemente, al pago de las cantidades pendientes por 176.583 euros. 3) Declare la cantidad de 1.797,77 euros, como renta mensual actualizada y con las previsiones que al efecto asimismo se reflejaron en el Pacto Segundo A). 4) Condene al demandado al pago de 1.797,77 euros mensuales, que habrá de ingresar en los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta que al efecto se designará. 5) Declare haber lugar a exigir indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del demandado de cuanto suscribió en el pacto Segundo B), y en virtud de la palmaria voluntad compensatoria de este pacto, y fije la obligación del demandado en resarcir a mi representada en la cantidad de 473.900,20 euros, correspondientes al importe del piso fijado en el pacto (30.000.000 ptas. + incrementos experimentados por el IPC + intereses legales devengados, desde noviembre de 1989). 6) En su consecuencia, condene al demandado en la cantidad expresada de 473.900,20 euros. 7) Condene al demandado a las costas causadas en el presente procedimiento.

D. Claudio se opuso a la demanda alegando: a) concurrencia de intimidación y de falta de consentimiento, dada la situación personal que le afectaba en el momento de firmar dichos pactos; b) nulidad de la promesa de donación; c) la revocación por superveniencia de hijos; d) concurrencia de cosa juzgada; e) prescripción, y f) nulidad del contrato por infringir la regla del art. 1256 CC.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid dictó sentencia con el 19 de abril de 2004 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 20.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 19 de enero de 2007 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Angélica.

D.^a Angélica interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que dio validez al contrato suscrito entre los cónyuges y condenó al ex esposo al cumplimiento de los pactos, si bien apreció la prescripción de las cantidades reclamadas anteriores a los cinco años.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica de las Sentencias del Juzgado de 1.^a Instancia y de la Audiencia Provincial para no dar validez al pacto en prevención de ruptura.

La Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia declaró: a) la ruptura de la relación matrimonial

quedó a la libre voluntad de la esposa, por lo que «se llega a la conclusión de que el contrato referido carece de toda validez y eficacia a tenor de lo dispuesto en el art. 1256 CC»; b) desestimó la causa de nulidad por vicio del consentimiento alegada por el marido demandado; c) no consi-

deró aplicable la prescripción; d) no existió una donación, «[...] sino una especie de mera promesa de donación que no reúne las condiciones mínimas para que como tal pueda obligar, toda vez que su objeto lo constituye un bien futuro, un piso o apartamento que se desconoce, que ni siquiera forma parte del patrimonio del donante y cuya determinación y adquisición queda a la libre voluntad del donatario, en contra de lo dispuesto en el Código civil sobre la donación como modo de adquirir la propiedad», concretamente en los art. 635 y 633.

Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial en señaló que: a) «no se especifican las razones por las que pactan las obligaciones condicionadas de abonar determinada cantidad mensual actualizada pagaderas por meses anticipados junto con la obligación de donar un inmueble tasado, todo ello, a cargo de D. Claudio figurando la expresión literal —en el supuesto de que se produzca, de nuevo, la separación de los comparecientes—, por lo que las afirmaciones que contempla la sentencia en el FJ ordinal segundo, al margen de considerar que la verdadera intención de D.^a Esther fue la de obtener y asegurarse un enriquecimiento a costa de futuros bienes del marido que en su día pudiera recibir este último citado por herencia, como deduce el juzgador *a quo* sino más bien la falta de expresión en el convenio, concretamente que la nueva separación obedeciera bien por causa imputable al marido, o bien de común acuerdo ambos cónyuges dados los antecedentes y situación sentimental por la que atravesaban decidiendo entablar esa primera separación D.^a Esther. Pues bien, lo cierto, en el presente supuesto, la estipulación genérica, es decir, el pacto que contempla únicamente para el supuesto de separarse, de nuevo; es claro, conforme determina el art. 1.256 CC, se está dejando al arbitrio exclusivo de una de las partes, en este caso, a D.^a Esther, en su exclusivo beneficio decidir la separación y, por tanto, a partir de entonces exigir el cumplimiento del convenio con plenos efectos retroactivos incluidas las actualizaciones según IPC», y b) «el Convenio Regulador alcanzado entre las partes podía desplegar efectos jurídicos, pero la circunstancia acreditada de no aportarlo ni alegarlo D.^a Esther en el procedimiento de separación entablado, ni en el posterior de divorcio,

cabe interpretarlo en el sentido de que dichos pactos fueron novados, implicando ello una renuncia tácita como lo demuestra claramente que no se aportó el citado convenio en el procedimiento de separación ni en el de divorcio, y, en cambio, liquidaron a continuación el régimen económico de la sociedad de gananciales, sin hacer referencia en momento alguno a los pactos ahora exigidos, constando expresamente que quedaba zanjada y liquidada cualquier cantidad que se pudiera haber reclamado».

2. Motivos del recurso de casación.

La formulación del presente recurso de casación en tres motivos enfoca, desde diferentes puntos de vista, las mismas dos cuestiones que se han venido planteando a lo largo del litigio: la relativa a la validez de los pactos que ponen fin a una situación de separación de los cónyuges y prevén, a su vez, las consecuencias de una nueva crisis, y el contenido específico de estos pactos. Por ello, se van a enunciar en este fundamento los argumentos de los motivos, que se van a responder conjuntamente, para una mayor coherencia de la sentencia.

Motivo primero. Vulneración de los art. 1115 y 1256 CC y de las SSTS de 10 diciembre 1960, 8 noviembre 1978, 3 marzo 1992 y 13 febrero 1999, que los interpretan. La *ratio decidendi* de la sentencia de instancia y de la de apelación consiste en considerar que el contrato cuyo cumplimiento se pidió era nulo por dejar al arbitrio exclusivo de una de las partes iniciar o no la separación. Señala que el contrato cuyo cumplimiento se pretende es una donación unilateral, porque solo genera obligaciones para el recurrido, remuneratoria y sometida a condición suspensiva. Pasa a considerar el art. 1115 CC, cuya vulneración pretende sea declarada, porque lo que el Código prohíbe es que la efectividad dependa de la voluntad exclusiva del deudor, no del acreedor, como ocurre en el presente caso. Por ello entiende que la nulidad de la obligación principal declarada por la Sala con fundamento en el art. 1256 CC, ha sido erróneamente apreciada, porque lo único que dependió de la voluntad de D.^a Angélica fue el acaecimiento de la condición suspensiva y no su cumplimiento.

Motivo segundo. Vulneración de los art. 1114, 1255, 1258, 1278, 1281, 1282 y 1323 CC, así como las sentencias de 20 febrero 1988, 4 julio 1994, 24 junio 1995, 21 mayo 1997, 24 julio 1997, 19 diciembre 1997, 17 diciembre 2003, 16 junio 2005 y 13 octubre 2005. Se reprocha a la sentencia recurrida: a) que no haya declarado cumplida la condición suspensiva; b) que haya declarado la nulidad de la donación; c) que no obliga al cumplimiento de los pactos; d) que realiza una interpretación arbitraria del contrato de donación; e) que pretende declarar nula una obligación entre marido y mujer válida en derecho, lo cual, según la recurrente, resulta especialmente injusto en relación a las diversas circunstancias personales que han intervenido en la relación de pareja.

Motivo tercero. Vulneración de los art. 1203 y 1204 CC y de diversas sentencias que los interpretan. Dice la recurrente que el convenio regulador aprobado por el juzgado de familia en el seno del ulterior procedimiento de separación habría novado el contrato de donación. Este contrato no es un convenio regulador, aunque se le califique como tal en la escritura, porque las obligaciones que se pactan como contenido hacen concluir que participa de la naturaleza jurídica de las donaciones. Además, no concurrió en ningún caso el *animus novandi*.

3. La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas.

La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC». Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autono-

mía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007).

La sentencia de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que «[...] una vez homologado el convenio [...], los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial»; la sentencia de 22 abril 1997 declara que «es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes». «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez», teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal «como negocio jurídico». En consecuencia, «las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 C.c.»; la sentencia de 27 de enero de 1998, con cita de la anteriormente transcrita, afirma que «salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos de la autonomía de la voluntad». La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene «carácter contractualista», no se impide que al margen del mismo, «los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [...] tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no

concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 C.c.». Asimismo, la sentencia de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que “los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio) en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 C.c.) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 C.c.), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “ad solemnitatem” o “ad substantiam” para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia». En el mismo sentido debe citarse la sentencia de 17 octubre 2007. Esta jurisprudencia ha dado lugar al art. 233-5 CCCat, que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

Debe tenerse en cuenta que en este recurso ninguna de las partes cuestiona la validez del pacto como tal, sino únicamente si su especial contenido produce la nulidad por quedar su efectividad al arbitrio de uno de los cónyuges contratantes. De esto nos debemos ocupar a continuación.

4. Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador.

Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación.

Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requi-

sitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato.

En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual.

5. La interpretación del contrato.

Las partes discuten, porque así se ha planteado, sobre si se incumplió o no la disposición del art. 1256 CC, porque las dos sentencias recaídas en este procedimiento declaran la nulidad, al entender que se ha dejado «la validez y el cumplimiento» del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, interpretando y sobreponiendo la naturaleza unilateral de la obligación creada, con la iniciativa en la ruptura del matrimonio.

El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (ver SSTs de 9 enero 1995, 27 febrero 1997, 4 diciembre 1998).

La aplicación del art. 1256 CC en este caso es claramente contraria a las disposiciones reguladoras del contrato, porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato. Según se ha reproducido en el FJ primero de esta sentencia, los cónyuges pactaron que «En el supuesto de que se produzca de

nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente [...]»; por tanto, la obligación de D. Claudio surgía fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 febrero 2010).

La aplicación de la doctrina de esta Sala lleva a declarar la validez del contrato, denominado convenio regulador, celebrado por la recurrente y su esposo en 1989.

6. El contenido del contrato: la pensión y la promesa de donación.

Declarada la validez del contrato, a continuación deben examinarse los pactos contenidos en el mismo.

1.º En el primer pacto se acuerda el pago de una cantidad de dinero, con sus correspondientes actualizaciones. Este pacto consiste en atribuir a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, que es independiente de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria. Ya se ha dicho antes que estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. Debe declararse válido el pacto en cuestión. Al no tratarse de un convenio regulador no debía aportarse a la segunda demanda de separación, porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida.

2.º La promesa de donación. Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan.

La presente donación choca con dos obstáculos: a) se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que, por tanto, vulnera la prohibición del art. 635 CC, que establece que «la donación

no podrá comprender los bienes futuros», que según el propio artículo, serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; b) la validez de este tipo de donaciones ha sido ya estudiada por esta Sala en sentencias 24 y 25 enero 2008. Esta última dice lo siguiente: «1.º Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTS de 27 junio 1914, 25 abril 1924, 22 enero 1930, 21 noviembre 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999)». La de 25 noviembre 2004 afirma que «ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles». En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales».

7. Los efectos

De los anteriores razonamientos se producen los siguientes efectos en relación al presente recurso de casación:

1.º El contrato celebrado entre D.ª Angélica y D. Claudio con el nombre de «convenio regulador», constituye un contrato entre los cónyuges atípico, válido, de acuerdo con la autonomía de la voluntad. Reúne los requisitos exigidos en el art. 1261 CC para la validez de los contratos e impone obligaciones a una de las partes del mismo.

2.º Respecto al contenido de los pactos acordados entre los cónyuges, debe declararse la validez de la pensión acordada por los cónyuges a cargo del marido.

3.º La promesa de donación es nula por tratarse de donación de una cosa futura indeterminada.

8. Asunción de la instancia. La prescripción de las pensiones no reclamadas.

La estimación parcial del recurso de casación obliga a esta Sala a asumir la instancia. Para ello, debemos pronunciarnos sobre el contenido de la demanda presentada por D.^a Angélica.

Antes deben rechazarse las excepciones propuestas por el demandado D. Claudio, excepto en la relativa a la prescripción, que será examinada independientemente.

En los anteriores fundamentos se han expuesto las razones por las que debe declararse la validez del denominado «convenio regulador» de fecha 30 noviembre 1989, celebrado entre los cónyuges D.^a Angélica y D. Claudio. Se ha argumentado asimismo acerca de la nulidad de la donación de cosa futura contenida en el citado convenio.

Resta en este momento que nos pronunciemos sobre las pensiones mensuales a cargo de D. Claudio, que se han declarado válidas.

Respecto de las pensiones, en primer lugar debe fijarse el momento a partir del que debe pagarse esta cantidad. En la demanda, la recurrente había pedido que se declarara que las cantidades se debían desde el momento de la separación, por la sentencia de 30 julio 1993. El

recurrido excepcionó alegando que una parte de las pensiones debía considerarse prescrita, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1966.3.º CC. La sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia aceptaba este razonamiento y *ad cautelam*, porque estimó nulo el pacto, entendió que deberían considerarse prescritas las mensualidades anteriores a la fecha de la separación y las posteriores que no se hubiesen reclamado en los cinco años siguientes.

De acuerdo con ello, debe declararse que las pensiones se deben a partir de la sentencia de separación, es decir, el 30 julio 1993, pero, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que la demanda se presentó el 8 de mayo de 2002. Y ello a los efectos de la prescripción del art. 1966.3.º CC. En consecuencia, se declaran prescritas las devengadas con anterioridad al tiempo de cinco años, contados desde la sentencia de separación hasta el momento de la interposición de la demanda. Ello siempre que se hubiese ya consumado el transcurso de los cinco años para cada una de las mensualidades. Las pensiones no prescritas deberán abonarse teniendo en cuenta la actualización por el IPC, tal como resulta pactado. La cantidad debida como atrasos así como la cuantía de las futuras pensiones será determinada en ejecución de sentencia, que deberá calcularse sobre estas bases.

DISPOSICIÓN DE BIENES DE PADRES A HIJOS

Se estima la acción subrogatoria del art. 1111 del CC interpuesta por un acreedor, y se declara que un inmueble cuya titularidad corresponde a las hijas pertenece a los padres al apreciarse la existencia de un negocio fiduciario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Héctor interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Rogelio, su esposa D.^a Raimunda y las hijas de ambos D.^a Adela, D.^a Enriqueta, D.^a Candelaria y D.^a Josefina especificando su fundamento de derecho III que «la acción ejercitada para impugnar una simulación negocial era la subrogatoria del art. 1111 en relación con el art. 1911, ambos

del CC, y solicitando se dictara sentencia en los siguientes términos: 1. Declarando que la finca de las oficinas de la c/ (...) finca registral núm. (...) del Registro de la Propiedad número 2 descrita en el hecho Octavo es de la Propiedad de Don Rogelio, D.^a Raimunda y debe quedar afecta a las responsabilidades reclamadas en éste proceso, y firme que quede la sentencia deberá dirigirse mandamiento al Registro de la Propiedad para que la misma figure a nombre de la propiedad del Sr. Rogelio. 2. Declarando que la vivienda descrita en el hecho Noveno finca registral núm. (...) del Registro de la Propiedad núm. 4 de Alicante es de la propiedad del Sr. Rogelio y de su esposa, y debe quedar afecta a las responsabilidades reclamadas en este proceso, y firme que quede la sentencia deberá dirigirse mandamiento al Registro de la Propiedad para que la misma figure a nombre de la propiedad del Sr. Rogelio. 3. Declarando que todos los beneficios obtenidos por D.^a Josefina, D.^a Candelaria, Enriqueta, Adela en la operación de venta de Weiza SL a Centauro SL fueron realmente obtenidos por sus padres D. Rogelio y D.^a Raimunda y, en consecuencia, que el importe de dichas sumas debe quedar afecto a las responsabilidades reclamadas por nuestro cliente en este proceso. 4. Declarando que toda la actividad mercantil y beneficios obtenidos por D.^a Adela, D.^a Enriqueta, D.^a Candelaria en la Cia. mercantil Invercom SL son de la propiedad única y exclusiva de sus padres. 5. Como quiera que los bienes recibidos por cada una de las hijas con los negocios simulados tienen una valoración económica superior a la deuda que reclamamos en este proceso, que se condene solidariamente a pagar a D.^a Adela, D.^a Enriqueta, D.^a Candelaria y D.^a Josefina la cantidad de 227.919,74 € de principal, de intereses devengados hasta el día hoy más los intereses legales correspondientes, de esta suma desde la fecha de presentación de la demanda. 6. No es necesario solicitar en este momento condena en pago de la cantidad indicada en el apartado anterior al Sr. Rogelio y su esposa, toda vez que los mismos están condenados al pago de estas sumas en las sentencias firmes recaídas. 7. Deberán imponerse solidariamente a todos los demandados».

D.^a Raimunda y D.^a Adela, D.^a Candelaria, D.^a Enriqueta y D.^a Josefina se opusieron a la demanda alegando la excepción de cosa juzgada, inadecuación del procedimiento por ejercitarse y mezclarse conceptualmente en la demanda dos acciones diferentes como la subrogatoria y la de simulación, oponiendo la caducidad de la acción pauliana que en realidad sería la materialmente ejercitada en la demanda, alegando pluspetición, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se desestimara totalmente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora y apreciación de temeridad. D. Rogelio no compareció en autos y fue declarado en rebeldía.

Convocadas las partes a la audiencia previa, en este acto la juez apreció, al amparo del art. 424.1 LEC, falta de claridad o precisión en las pretensiones del demandante, con repercusión en los obstáculos procesales denunciados en la contestación a la demanda, por lo que fijó un plazo de diez días para que el demandante subsanara los defectos de su demanda recomponiendo su escrito inicial y otro plazo sucesivo de igual duración para que las demandadas pudieran rectificar o completar, a la vista del escrito del demandante, su contestación a la demanda. Dentro del plazo concedido el demandante presentó escrito de aclaración y precisión de su demanda insistiendo en que la acción ejercitada era la subrogatoria y aclarando la quinta petición de su demanda en el sentido de que lo pretendido era la condena de las hijas de D. Rogelio a pagar a sus padres la misma suma de 227.919,74 euros y que este dinero se entregara al demandante en el presente litigio.

Las codemandadas personadas en las actuaciones presentaron alegaciones al referido escrito del demandante recalcando que si la única acción ejercitada en la demanda era la subrogatoria, entonces los hechos no se correspondían con la acción ejercitada, que por ello sería inviable. Además se opusieron a la modificación del pedimento quinto de la demanda y mantuvieron lo alegado en su contestación acerca de la caducidad de la acción revocatoria y la excepción de cosa juzgada.

Se personó entonces en las actuaciones el hasta entonces codemandado rebelde D. Rogelio, que contestó al escrito de aclaraciones del demandante destacando la improcedencia de la acción subrogatoria por no ser este codemandado acreedor de sus hijas, y oponiéndose a la modificación de la petición quinta de la demanda.

El 2 de julio de 2004 se dictó auto de sobreseimiento del proceso por apreciarse la excepción de cosa juzgada, y el siguiente día 28 se dictó otro, como complemento del anterior, alzando las medidas cautelares adoptadas, pero interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó auto el 29 de abril de 2005 estimando dicho recurso, revocando íntegramente el auto apelado, dejando sin efecto el sobreseimiento del proceso y acordando su continuación, tras lo cual dictó otro auto el 1 de junio siguiente denegando una aclaración interesada por el demandante porque, pese a lo manifestado por éste, en la demanda no se ejercitaba una acción autónoma o independiente por simulación, sino que la simulación se ponía en relación con la única acción ejercitada, que era la subrogatoria.

Devueltas las actuaciones al Juzgado y convocadas las partes a una tercera audiencia previa, la juez no admitió la modificación de la petición quinta de la demanda, la cual subsistiría por tanto según su redacción inicial, y rechazó la petición de sobreseimiento del proceso, formulada por los demandados con base en la falta de claridad y precisión de la demanda, por no estarse en el caso contemplado en el art. 424 LEC, a continuación de lo cual, en el propio acto, los demandados recurrieron en reposición, la juez desestimó su recurso y los demandados hicieron constar su protesta.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alicante dictó sentencia el 7 de noviembre de 2006 desestimando la demanda y absolviendo de esta a todos los demandados, sin especial imposición de las costas a ninguna de las partes.

En grado de apelación la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 30 de julio de 2007 estimando el recurso interpuesto por D. Héctor y revocando en parte la sentencia de instancia, estimó la demanda declarando que el inmueble «vivienda unifamiliar sita en ... es propiedad de los demandados D. Rogelio y su esposa D.ª Elisa condenado a todos los demandados a estar y pasar por dicha declaración y acordando dirigir el oportuno mandamiento al indicado Registro de la Propiedad para que se proceda a inscribir la expresada finca a nombre de los demandados D. Rogelio y su esposa D.ª Elisa con cancelación de las inscripciones contradictorias».

Todas las partes interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Antes de su interposición se había seguido causa penal por delito de alzamiento de bienes incoada en virtud de querrela del propio actor y en la que había recaído sentencia del Juzgado de lo Penal condenando a los referidos cónyuges y a tres de sus hijas, como autores de dicho delito, a las penas correspondientes y, en concepto de responsabilidad civil, a indemnizar conjunta y solidariamente al querellante en 133.725,19 euros, si bien estos pronunciamientos fueron revocados por la sentencia de apelación, que absolvió a todos los acusados; que al fundarse esta absolución en que el querellante había podido defender sus derechos de crédito pujando en las subastas de las fincas embargadas a sus deudores, tenía abierta la vía civil para ejercitar las acciones tendentes a demostrar que determinados bienes aparentemente pertenecientes a las hijas de sus deudores eran en realidad propiedad de estos; que de las declaraciones prestadas en el proceso penal se desprendía que dichas hijas carecían de bienes y no ejercían actividad alguna, careciendo de experiencia en el mundo de los negocios, y que su padre era el gestor de todo; que mediante la compañía mercantil Weyza Inversiones S.L. (en adelante Weyza), constituida formalmente por las hijas pero administrada y gestionada por su padre, este había obtenido unos beneficios, a resultas de una operación especulativa con un tercero, de entre 200 y 300 millones de ptas.; que además había dejado de operar mediante la sociedad de la que era dueño (Minorta) y la había sustituido, para el ejercicio de su actividad negocial, por la compañía mercantil Invercom, Promociones y Servicios S.L. (en adelante Invercom), haciendo figurar como socias a sus tres hijas mayores pero siendo él su administrador único con plenos poderes, habiendo obtenido Invercom unos beneficios de 76.110.931 ptas.; que la entrepanta en la que estaban situadas las oficinas de Minorta, embargada por deudas de esta sociedad, había sido adquirida en subasta por la hija mayor, simulando así ser compradora de lo que en realidad compraba su padre porque dicha hija carecía de recursos y no era creíble el préstamo que decía haber obtenido de otra sociedad, Samar de In-

versiones S.L., de la que eran socios su padre y un amigo de este, a un plazo de diez años y sin interés, resultando que todas las sociedades referidas hasta ahora, Minorta, Samar, Invercom y Weyza, tenían su domicilio social en aquellas mismas oficinas, «de las que la hija es un puro titular aparente siendo clarísima la simulación urdida»; que también era simulada la propiedad de la vivienda unifamiliar de su deudor, puesta a nombre de sus tres hijas mayores en la escritura pública que documentó su adquisición, pues estas carecían de recursos para comprarla y, además, se incluyó una cláusula en la que las compradoras se obligaban «a no enajenar, gravar o hipotecar la finca» mientras viviera su madre, a lo que se unía que la escritura pública con número de protocolo inmediatamente anterior era la de venta de un apartamento que había sido propiedad de su deudor por el mismo vendedor de la vivienda unifamiliar; y en fin, que aun cuando en la demanda no se formulara petición alguna en relación con los automóviles de la familia, era significativo que figurasen también a nombre de las hijas desde años antes de que estas tuvieran permiso de conducir.

En los fundamentos de derecho de la misma demanda se explicaba que la acción ejercitada era la subrogatoria, y no la revocatoria por fraude de los arts. 1291 y siguientes del CC, porque las maquinaciones fraudulentas se habían venido perfeccionando cada vez más y lo que se pretendía por el actor era la declaración judicial de que los bienes inmuebles eran propiedad de sus deudores y no de las hijas de estos, así como evitar que mediante la constitución de sociedades mercantiles haciendo figurar como socias únicamente a las hijas se burlaran los derechos del demandante en contra de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de las personas jurídicas. En definitiva, como fundamento principal de la acción subrogatoria se aducía la simulación, en el sentido de que la titularidad de bienes y la participación en beneficios de las hijas eran puramente aparentes por pertenecer dichos bienes y haber percibido tales beneficios en realidad sus padres, es decir, los deudores del demandante.

Tras contestar a la demanda las cuatro hijas conjuntamente con su madre alegando inadecuación del procedimiento, por mezclarse indebidamente la acción subrogatoria con la de simulación, y caducidad de la acción revocatoria en cuanto esta sería la materialmente ejercitada en la demanda, además de oponerse en cuanto al fondo, y ser declarado en rebeldía el padre, la juez de primera instancia, en el acto de la audiencia previa, apreció de oficio, al amparo del art. 424.1 LEC, falta de claridad y precisión en las pretensiones del demandante, con repercusión en los obstáculos procesales alegados en la contestación, concediendo al demandante un plazo de diez días para hacer las aclaraciones y precisiones oportunas que «exigen en gran medida la recomposición del escrito de demanda», tras lo cual las partes demandadas dispondrían de idéntico plazo para rectificar o completar su contestación a la demanda.

El demandante presentó entonces escrito de aclaración de su demanda haciendo las siguientes puntualizaciones: de lo actuado en la causa penal precedente se desprendía que las hijas no podían ser las verdaderas socias de Invercom y Weyza, hasta el punto de que en esta última se había hecho figurar como socia a la menor de las hijas cuando solo tenía catorce años; la entreplanta dedicada a oficinas no podían haberla comprado las hijas porque no tenían dinero, y si se hubiera pagado con dinero de Invercom resultaría que el dinero era también de sus padres; la «fabricación de sociedades» de capital pequeño y con socios sin deudas era «el fraude más típico y característico en el momento presente», y para combatirlo la jurisprudencia había creado la doctrina del levantamiento del velo; «es evidente que los padres tienen acción contra sus hijas para reclamarles la propiedad de los dos bienes inmuebles en los que han sido unos meros fiduciarios así como los beneficios obtenidos en Invercom SL y en Weyza S.L.»; «el eje básico de nuestra acción» es que «hay unas apariencias formales que el señor Rogelio y su esposa tendrían facultad para impugnar, y la situación es independiente de la calificación jurídica que se quiera dar a lo operado entre el padre y las hijas, y es absolutamente indiferente calificarlo de “simulación”, “levantamiento del velo” o “fi-

ducia”. Lo trascendente es que la apariencia externa proclama una propiedad de las hijas, y un elemental examen de los hechos demuestra que la propiedad es de los padres»; «si el señor Rogelio y su esposa son titulares de unas acciones contra sus hijas y ellos no quieren ejercitarlas porque prefieren estar en la insolvencia, nosotros queremos que se integren en el patrimonio de nuestros deudores, mediante el ejercicio de acción subrogatoria que es la que nosotros ejercitamos en este proceso. El Sr. Rogelio y su esposa son los verdaderos dueños de todo, y no cabe la menor de las dudas que si las hijas actuando irregularmente frente a sus padres tratan de privarlos de su propiedad, ellos tendrían acción para tratar de recuperarlo de sus hijas, y esto es lo que hacemos nosotros, subrogarnos en los derechos de los padres para reclamar a las hijas»; es cierto que la petición quinta del escrito de demanda (condena solidaria de las hijas a pagar al demandante una determinada cantidad) «está redactado en abreviatura, y lo procedente es que se condene a las hijas a pagar a los padres la suma que consignamos en el punto 5.º, y que este dinero se nos entregue a nosotros dentro de este mismo procedimiento, siendo pues nuestro pedimento una abreviatura de este concepto»; el que se ejercite la acción subrogatoria y no la revocatoria no responde a un intento de salvar la prescripción de esta última, porque al margen de no haberse producido tal prescripción de una hipotética acción revocatoria, mediante la demanda no se están impugnando transmisiones, sino tratando de reintegrar el patrimonio de los deudores del demandante; la sentencia absolutoria penal no impedía el ejercicio de esta acción civil y, además, los hechos que el tribunal penal de apelación había declarado probados no desvirtuaban ningún punto de los hechos de la demanda.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda razonando que dicha prueba se había limitado a la documental presentada con demanda y contestación y a la testifical del conserje de la urbanización en que vivían las codemandadas y se encontraba la vivienda unifamiliar litigiosa, el cual había declarado que el codemandado no vivía allí desde hacía unos seis u ocho años; que era un

hecho reconocido que las hijas «no tenían patrimonio preexistente»; que no habiendo solicitado el actor interrogatorio ni testifical alguna y habiendo renunciado las partes demandadas al interrogatorio de aquel y a una prueba testifical, la documental incorporada a las actuaciones, pese a ser muy abundante, no permitía tener por probados, conforme al art. 217 LEC, los hechos de la demanda, máxime si se tenía en cuenta lo declarado probado por la jurisdicción penal, ya que la prueba practicada en el proceso civil casi se había limitado a la unión de testimonio de lo actuado en la causa penal precedente, «sin que se haya interrogado a los demandados o hayan declarado en calidad de testigos aquellos otros que se citan en las actuaciones penales y que intervinieron en los distintos negocios jurídicos que se dicen simulados».

El tribunal de segunda instancia lo acogió en parte y revocó la sentencia apelada únicamente para estimar, y no en su integridad, la pretensión de la demanda referida a la vivienda unifamiliar, declarando que era propiedad de los cónyuges demandados, no de sus hijas, y que como tal debía figurar en el Registro de la Propiedad, y rechazando la declaración, pedida también en la demanda, de que la vivienda quedara afecta a las responsabilidades reclamadas en este litigio, pues ello equivaldría a decretar un embargo que debía ser acordado en los procedimientos en que se habían dictado las condenas pecuniarias contra los referidos cónyuges. Fundamentos de este fallo son, en síntesis, los siguientes: 1) Al haberse ejercitado en la demanda únicamente la acción subrogatoria, no la revocatoria, no debía tenerse en cuenta el fraude de acreedores por no constituir un elemento de la acción subrogatoria; 2) el pedimento quinto de la demanda, que debía mantenerse en su formulación inicial conforme al art. 429 LEC, no podía ser acogido porque la acción subrogatoria no permitía un pago directo al acreedor por los deudores de su deudor, sino el ingreso de lo debido en el patrimonio de este último; 3) el primer requisito de la acción subrogatoria según el art. 1111 CC, consistente que el acreedor hubiera perseguido los bienes de su deudor, concurría en el presente caso, del mismo modo que la existencia de un crédito a favor del demandante y la insolvencia

de su deudor, reconocida por este; 4) el demandante no había esgrimido frente a las hijas de los cónyuges codemandados derecho de crédito alguno que su padre tuviera contra ellas, sino que lo deducido en la demanda «han sido dos verdaderas acciones de impugnación» de dos contratos de compraventa, el de las oficinas y el de la vivienda unifamiliar, por considerarlos simulados en el sentido de que su verdadero comprador había sido el padre; 5) la duda de si la acción subrogatoria permitía esta impugnación debía responderse afirmativamente, dados los amplios términos del art. 1111 CC, a lo que se unía la amplia legitimación reconocida por la jurisprudencia a los terceros perjudicados por una simulación contractual para impugnarla, de modo que la acción de simulación lo mismo puede ser utilizada por uno de los autores contra el otro, que por los terceros contra ellos mismos; 6) la cuestión de quién era el verdadero comprador se había planteado en la demanda y todos los demandados habían podido defenderse; 7) la petición de la demanda de ser los cónyuges demandados los verdaderos compradores de la vivienda unifamiliar debía ser estimada porque en la fecha de la compraventa sus hijas carecían de rentas, bienes o patrimonio, no se había acreditado la realidad del pago de 3.804.338 ptas. que en la escritura se decían recibidos como precio confesado a cuenta del precio total de 20 millones de ptas., tampoco se había probado que las hijas hubiera satisfecho a su costa el crédito hipotecario de 16.195.662 ptas. que gravaba la finca ni sus meras manifestaciones eran bastantes para considerar probado que lo hubieran pagado con las ganancias obtenidas de la sociedad Invercom y, en fin, los cónyuges demandados habían venido ocupando y utilizando dicha vivienda, hecho indiciario a los efectos de la prueba de presunciones; 7) no procedía estimar, en cambio, la pretensión de la demanda relativa a la finca dedicada a oficinas, porque en este caso constaba un préstamo de 4 millones de ptas. a la hija que la había adquirido en subasta por esta suma, préstamo concedido por la sociedad Samar que no se había demostrado ficticio ni impugnado como tal, pues el padre demandado fue tan solo socio fundador de Samar y había dejado de ser socio años antes del préstamo en cuestión, sin que en el litigio se hubieran aclarado

do las relaciones entre los cónyuges demandados y el socio único de Samar, sociedad que más tarde fijó su domicilio en la finca en cuestión; 8) tampoco procedía acoger las peticiones cuarta y quinta de la demanda, pues al referirse a «todos los beneficios obtenidos» y «toda la actividad mercantil» no se ajustaban a las exigencias del art. 219 LEC, a lo que se unía la falta de «pruebas claras y bastantes en base a las cuales pudiera en su caso determinarse sobre bases seguras el origen, generación y cuantía de los beneficios a los que se alude en dichos pedimentos»; 9) estos pedimentos, además, no tenían cabida en la acción subrogatoria, única ejercitada, pues no se había probado que las hijas fueran deudoras de sus padres en una cuantía precisa, no se habían impugnado por simulados los actos de constitución de las sociedades Weyza e Invercom, tampoco se había ejercitado la acción del levantamiento del velo de estas personas jurídicas y, en fin, lo mismo sucedía con una hipotética acción de impugnación de la constitución de esas mismas sociedades por encubrir actos fraudulentos de disposición patrimonial a título gratuito.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de los recursos interpuestos conviene decidir, con carácter general, si la acción subrogatoria del art. 1111 CC, única ejercitada en la demanda, se corresponde con las peticiones de ésta y, más especialmente, con las que interesaban se declarase que dos bienes inmuebles y los beneficios de unas sociedades pertenecían a los cónyuges demandados, deudores del demandante, y no a sus hijas, ya que en gran medida tanto los recursos de los demandados como su oposición a los recursos del demandante insisten en la falta de correspondencia entre la acción ejercitada por el demandante y los efectos pretendidos por él, que consideran más propios de una acción revocatoria por fraude de acreedores, fundada en el art. 1291.3.º CC, o de una acción de nulidad por simulación.

Para decidir la cuestión de que se trata debe partirse de los términos de la demanda y del escrito por el que, a requerimiento de la juez, el demandante procedió a su aclaración, términos ya reseñados en el fundamento jurídico anterior. De los mismos se desprende que el demandante, invocando reiteradamente en su demanda

la simulación y el fraude de los que había sido víctima, no pretendía que los bienes objeto de compraventa retornaran al vendedor, efecto característico de la nulidad negocial o de la rescisión por fraude cuando el vendedor es el propio deudor del demandante, ya que de esa forma se consigue reintegrar los bienes a su patrimonio, sino la declaración de que los verdaderos propietarios de los bienes, transmitidos por terceros eran los cónyuges demandados, deudores del demandante, y no sus hijas, que serían titulares meramente formales, careciendo lógicamente el demandante de interés alguno en que los bienes retornaran al patrimonio de los vendedores o de las sociedades constituidas por las hijas de aquellos cónyuges, ya que ni los unos ni las otras eran deudores del demandante. Por eso éste, en la aclaración de su demanda, explicó mejor lo que, no obstante, ya se desprendía de la propia demanda: a saber, que el fraude había consistido en la creación de apariencias de titularidad formal de las hijas sobre bienes o dinero que en realidad pertenecían a sus padres y en la creación de sociedades ficticias; en definitiva, en la utilización por sus deudores de unos fiduciarios o testaferros para eludir su responsabilidad patrimonial universal frente al demandante, siendo indiferente que el remedio jurídico a esta situación se fundara conceptualmente en la figura del negocio fiduciario, en la teoría de la simulación o en la doctrina del levantamiento del velo.

A partir de estos términos de la demanda y su correspondiente aclaración parece que la calificación que mejor conviene a las operaciones atribuidas en ella a los demandados es la de negocios fiduciarios consistentes en poner a nombre de las hijas bienes pertenecientes a sus padres con el pacto interno entre estos y aquellas de reconocer a los padres como verdaderos propietarios, pactos a su vez indiferentes para el vendedor de los bienes. De aquí que no fueran extravagantes las constantes alusiones del demandante a la simulación, pues como declara la STS 15-6-99 con cita de otras anteriores la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Por su parte la STS 27-2-07 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará

hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23-6-06, que en los casos de *fiducia cum amico*, la cual «implica la creación de una apariencia», el fiduciario «se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza».

Pues bien, si a lo antedicho se une, de un lado, que según la STS 28-11-02 el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto del negocio como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante, y, de otro, que el art. 1111 CC configura la acción subrogatoria en términos muy amplios, autorizando al acreedor a «ejercitar todos los derechos y acciones» de su deudor, sin distinción alguna ni otra excepción que los derechos y acciones inherentes a la persona del deudor, habrá que convenir en que mediante la acción subrogatoria el acreedor puede pedir la declaración de que los bienes puestos a nombre de fiduciarios no deudores pertenecen en realidad al fiduciante deudor, pues por esa vía ejerce el derecho de este último a pedir esa misma declaración en cualquier momento y, al propio tiempo, consigue que los bienes se integren en el patrimonio de su deudor para que sea efectiva su responsabilidad patrimonial, sin que en casos como el presente, en que la finalidad atribuida a la fiducia sea precisamente eludir esa responsabilidad, resulte aplicable el límite temporal consistente en «el logro de las finalidades perseguidas con la fiducia» (SSTS 31-10-03 y 4-7-98), pues los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.

1. Recurso por infracción procesal interpuesto por los demandados

Entrando ya a examinar los recursos, razones de método imponen comenzar por los de los demandados, en cuanto orientados a la total desestimación de la demanda; en definitiva, a que

tampoco se declare que el inmueble consistente en vivienda unifamiliar es propiedad de los cónyuges demandados y no de sus hijas codemandadas.

Como el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto conjuntamente por las hijas y su madre es muy similar al de la misma clase interpuesto por su padre, se analizarán ambos al mismo tiempo, denominando primer recurso al de las hijas y su madre y segundo recurso al de su padre.

El primer motivo de tales recursos se formula al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC para denunciar las siguientes infracciones:

1) Infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC por incongruencia *extra petitum* y exceso en la aplicación del principio *iura novit curia* al no haberse atendido la sentencia recurrida a la causa de pedir de la demanda, en la que únicamente se ejercitaba la acción subrogatoria y no una acción de simulación, absoluta o relativa (submotivos 1 del primer recurso y primero, 1.A del segundo).

2) Infracción del principio dispositivo o de justicia rogada del art. 216 LEC en relación con sus arts. 281 y 283, al no ser un hecho controvertido que el pago del precio de la vivienda se hiciera por la mercantil Invercom, lo que eximiría a los demandados de probar el efectivo pago del precio (submotivos 2 del primer recurso y primero, 1.C, del segundo).

3) Infracción del art. 218.1 LEC, por falta de exhaustividad de la sentencia recurrida, en relación con los arts. 424 y 425 de la misma ley, al no pronunciarse sobre la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, que tendría que haber sido estimada para, en consecuencia, acordar el sobreseimiento del proceso (submotivos 3 del primer recurso y 1.D del segundo).

4) Infracción del art. 218 LEC por contener la sentencia recurrida razonamientos contradictorios, ya que si bien al momento de comprar la vivienda las hijas carecían de un patrimonio preexistente, en cambio sí lo tuvieron luego para pagar el precio aplazado al ser socias de las mercantiles Weyza e Invercom, de modo que los mismos razonamientos de la sentencia impug-

nada conducentes a desestimar la pretensión de la demanda sobre las oficinas tendrían que haber determinado la desestimación de su pretensión sobre la vivienda (submotivos 4 del primer recurso y 1.B del segundo).

5) Infracción de los apdos. 1, 2, 3 y 6 del art. 217 LEC sobre carga de la prueba, ya que el demandante prescindió de cualquier prueba sobre la simulación alegada por él, quedando así exentos los demandados de cualquier prueba tendente a desvirtuar dicha simulación (submotivos 5 del primer recurso y 2 del segundo).

6) Infracción del art. 386 LEC por haberse considerado probada la simulación en la compra de la vivienda mediante prueba de presunciones, en concreto por la falta de pago de la parte del precio que el vendedor confesó recibida y por el hecho de que los cónyuges demandados siguieran habitando en la vivienda cuando, en realidad, el conserje de la urbanización que declaró como testigo desmintió esto último y, en cuanto a lo primero, el pago del precio no era un hecho controvertido (submotivos 6 del primer recurso y 3 del segundo).

7) E infracción de los arts. 376 y 218.2 LEC por no haberse valorado conforme a las reglas de la sana crítica la declaración del referido testigo (submotivos 7 y último del primer recurso y 4 y último del segundo).

Este primer motivo de ambos recursos extraordinarios por infracción procesal ha de ser desestimado, comprendiendo la desestimación todos los submotivos de uno y otro, por las siguientes razones, correlativas a cada uno de estos submotivos:

1.^a) La sentencia recurrida no es incongruente ni se aparta de la causa de pedir de la demanda, según lo ya razonado en el fundamento de derecho segundo de la presente sentencia sobre la acción subrogatoria ejercitada en la demanda, y sobre el escrito por el que se procedió a aclararla, en relación con el negocio fiduciario y la simulación.

2.^a) Que el precio de la vivienda se pagara no fue, ciertamente, un hecho controvertido, pues la demanda daba por sentado que el vendedor lo recibió. Lo controvertido fue que ese precio lo pagaran efectivamente las hijas y no sus padres, y sobre este hecho, que no sobre el pago

del precio, era sobre lo que tenía que versar la prueba y sobre lo que se pronuncia la sentencia recurrida.

3.^a) La sentencia impugnada no tenía que pronunciarse ya sobre la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda porque, como se ha reseñado en el fundamento jurídico primero de la presente sentencia, en la tercera audiencia previa se tuvo por subsanada la inicial falta de claridad de la demanda, con la puntualización de no admitir la modificación de su petición quinta, y en la misma audiencia previa se rechazó la excepción que las partes ahora recurrentes habían formulado no como defecto legal en el modo de proponer la demanda, apreciada en realidad por la juez en la primera audiencia previa dando al demandante la oportunidad de subsanación que este aprovechó, sino como inadecuación del procedimiento. Y si bien es cierto que las partes hoy recurrentes pidieron el sobreseimiento del proceso, recurrieron en reposición contra el rechazo de esta petición y formularon protesta frente a la desestimación de su recurso, también lo es, de un lado, que la sentencia de primera instancia tuvo por aclarada la demanda, aunque ciertamente sin admitir la modificación de su petición quinta, y, de otro, que las partes hoy recurrentes no formularon, al amparo del art. 461 LEC, impugnación añadida a la apelación del actor, limitándose, como se reconoce en el propio recurso de las hijas y su madre, a mencionar la cuestión al oponerse al recurso de apelación del actor. En todo caso, además, basta con remitirse a lo razonado en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia para concluir que cualquier falta inicial de claridad de la demanda quedó subsanada mediante el escrito aclaratorio y, por tanto, que no procedía el sobreseimiento del proceso, y menos aún, desde luego, por lo alegado en su día solo por una de las dos partes recurrentes, que no por las dos ya que la otra se personó en las actuaciones después de precluido el trámite de contestación a la demanda, y que fue la inadecuación del procedimiento y no el defecto legal en el modo de proponer la demanda.

4.^a) La sentencia recurrida no adolece de razonamientos contradictorios sino que, pura y simplemente, valora las pruebas relativas a una

y otra compraventa para, así, llegar a la conclusión de que mientras no era creíble lo manifestado por las hijas en el proceso penal en el sentido de haber pagado la parte aplazada del precio de la vivienda con sus ganancias de Invercom, como tampoco que el vendedor hubiera recibido precisamente de las mismas la cantidad inicialmente entregada a cuenta del precio, en cambio para la adquisición de la entreplanta de oficinas, adjudicada a una de las hijas por 4 millones de ptas. en subasta pública, constaba la obtención por ésta de un préstamo concedido por la compañía Samar Inversiones S.A. que el tribunal no consideraba ficticio o simulado.

5.^a) La sentencia impugnada no vulnera las reglas sobre carga de la prueba, porque el hecho de que el demandante prescindiera de las pruebas de interrogatorio de los demandados y testifical no excluía la valoración de la muy abundante prueba documental aportada con la demanda y en la que se funda la sentencia. No hay, por tanto, falta de prueba y alteración de las reglas legales sobre quién haya de soportar tal carencia, sino valoración de la prueba documental de un modo que no convence a las partes recurrentes, pese a lo cual no incluyen en sus muy extensos recursos ningún motivo sobre error patente en la valoración de la prueba de documentos.

6.^a) Tampoco infringe la sentencia recurrida el art. 386 LEC sobre las presunciones judiciales, ya que si bien es cierto que el tribunal sentenciador se funda en este medio de prueba para considerar probado que la vivienda es de los padres y no de las hijas porque aquellos siguen habitándola, no lo es menos, de un lado, que se trata de una sola de las diversas pruebas valoradas por el propio tribunal para concluir que la vivienda es de los padres y no de las hijas, pruebas entre las que se encuentra la falta de recursos económicos de las hijas como hecho reconocido, y, de otro, que la presunción fundada en el hecho de que los padres habitan la vivienda tiene como soporte una prueba más sólida que la testifical invocada en los recursos, cual es la cláusula séptima de la escritura pública de compraventa en la que las compradoras se obligaban a no enajenar, gravar o hipotecar la finca mientras viviera su madre.

7.^a) Esto último desvirtúa la infracción de los arts. 376 y 218.2 LEC, pues si bien es cierto que la sentencia omite por completo valorar la declaración testifical del conserje de la urbanización, no lo es menos que esta declaración podría influir, a lo sumo, en el hecho base de la presunción, apoyado por demás en prueba documental como ya se ha razonado, y, además, no es determinante, porque para declarar el hecho probado verdaderamente decisivo, es decir que la vivienda pertenece a los padres y no a las hijas, el tribunal sentenciador se ha fundado en otras pruebas, entre ellas, como también se ha razonado anteriormente, el hecho reconocido de que las hijas carecían de bienes y dinero cuando se otorgó la escritura pública de compraventa.

8.^a) Finalmente, la respectiva y peculiar sistemática del primer motivo de ambos recursos, planteando las mismas cuestiones pero con una presentación formal totalmente dispar, es reveladora de una conducta procesal concertada entre las dos partes recurrentes que parece más orientada a entorpecer la labor de esta Sala que a demostrar las infracciones procesales denunciadas.

2. Recurso de casación interpuesto por los demandados

Procediendo ahora examinar los recursos de casación de las mismas partes demandadas, el interpuesto conjuntamente por las hijas y su madre se articula en dos motivos, uno por infracción del art. 1111 CC y el otro por infracción de su art. 1261; y el del padre se compone de un solo motivo (denominado «Primero»), fundado en infracción del art. 1111 CC. Los respectivos alegatos del primer motivo de aquel recurso y del motivo único de éste coinciden en reiterar la manifiesta improcedencia de la acción subrogatoria para obtener lo pedido en la demanda, y el alegato del segundo motivo de aquel recurso conjunto se reduce a dar por sentada la falta de prueba de que la compraventa de la vivienda fuera inválida, a cuyos efectos se cita el art. 1277 CC, a lo que se uniría la caducidad de la acción de nulidad según el art. 1301 CC y de la acción revocatoria materialmente ejercitada en la demanda.

Pues bien, los tres motivos se desestiman por lo ya razonado en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia sobre la acción subrogatoria y lo igualmente razonado en el fundamento jurídico tercero sobre la alegada falta de claridad de la demanda. En realidad el demandante no ha ejercitado la acción revocatoria ni la acción de nulidad porque ningún interés tenía en que la vivienda retornara a su vendedor, sino una acción subrogatoria fundada en el negocio fiduciario o, más precisamente, en el pacto de fiducia entre padres e hijas para que éstas figurasen como propietarias de la vivienda para salvaguardarla de la acción de los acreedores, y el derecho del deudor que ejercita el acreedor no es más que el derecho del fiduciante a que se declare que él, y no el fiduciario, es el verdadero propietario. Así se desprendía del escrito de demanda, así resultaba con mayor precisión aún del escrito presentado para aclararla y así lo considera la sentencia recurrida en el párrafo tercero de su fundamento jurídico segundo que estas partes recurrentes han preferido ignorar. Si a todo ello se une que en el motivo segundo del recurso conjunto de las hijas y su madre se mezclan cuestiones tan heterogéneas como la caducidad de la acción, incluso de la revocatoria pese a no haberse ejercitado en la demanda, la desestimación de estos tres motivos no viene sino a corroborarse.

3. Recurso por infracción procesal interpuesto por el actor

El primero, formulado al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncia infracción de las normas reguladoras de la sentencia, citando como infringidos el apdo. 2 del art. 218 y los apdos. 1, 2 y 3 del art. 217, ambos de la misma ley, y a esto se añade la alegación de «error de derecho en la apreciación de la prueba», citando otra vez a estos efectos el ya citado art. 217 «que rige la carga de la prueba».

Este motivo se divide a su vez en dos grandes apartados, uno que impugna la desestimación del primer pedimento de la demanda, es decir el relativo al bien inmueble dedicado a oficinas, y el otro que impugna la desestimación de sus pedimentos tercero, cuarto y quinto.

En el apartado primero se alega, en síntesis, que la sentencia rechaza el pedimento primero de la demanda por no haberse impugnado además el préstamo concedido por una sociedad no litigante a la hija que se adjudicó el inmueble en subasta, que tal interpretación es absurda, que en relación con la oficina el tribunal sentenciador tenía que haber resuelto lo mismo que en relación con la vivienda y, en fin, que el demandante no tenía por qué haber impugnado dicho préstamo porque declararlo simulado no afectaría para nada a aquella sociedad no litigante.

En cuanto al apartado segundo, su alegato critica la sentencia impugnada por haberse fundado en la falta de prueba de cuáles fueran los beneficios de las sociedades Weyza e Invercom y no haberlas demandado, siendo así que en el párrafo segundo del hecho séptimo de la demanda se especificó que en el año 1997 Invercom había ganado 76.110.931 ptas. y que en el hecho sexto de la propia contestación a la demanda se reconoció que la sociedad Weyza había tenido una ganancia bruta de 50 millones de ptas. para cada una de las socias mediante una compraventa en el año 1998 gestionada por el padre demandado, a lo que se uniría la declaración de este mismo demandado en las actuaciones penales manifestando que sus hijas no sabían nada de Invercom, que Invercom era quien había pagado la hipoteca del bungalow comprado por sus hijas y que estas le debían el dinero a Invercom.

Ambos apartados se desestiman.

Se desestima el primero porque el razonamiento de la sentencia impugnada acerca de que no se hubiera dirigido la demanda contra la sociedad prestamista Samar es puramente accesorio y, además, no tiene nada que ver con las normas que se citan como infringidas. La realidad es que la sentencia recurrida desestima la primera petición de la demanda por constar un préstamo de la sociedad Samar a la hija que se adjudicó el inmueble en subasta por 4 millones de ptas., y la notable diferencia entre esta cantidad y la del precio de la vivienda, así como la circunstancia de que el precio de ésta se dijera pagado con las ganancias de Invercom, sociedad constituida por las propias hijas y administrada por su padre a diferencia de Samar, justifican más que sobradamente que la decisión del tri-

bunal sentenciador sobre la vivienda no fuese igual a su decisión sobre el inmueble dedicado a oficinas.

Y se desestima también el segundo apartado porque, con independencia de que pueda tener algún fundamento, lo cierto es que la primera razón causal del fallo impugnado para no estimar los pedimentos cuarto y quinto de la demanda es su incompatibilidad con las exigencias del art. 219 LEC, y resulta que en este recurso extraordinario por infracción procesal del demandante no se articula ningún motivo fundado en infracción de tal precepto, omisión que no puede ser suplida de oficio por esta Sala.

Además, y como defecto común a ambos apartados, es manifiestamente contradictorio fundar un mismo motivo en infracción de las reglas sobre carga de la prueba y en error de derecho en la valoración de la prueba, pues difícilmente puede valorarse la prueba que no existe, defecto que se acentúa al no citarse como infringida ninguna norma que contenga regla legal de valoración probatoria.

Lo anteriormente razonado comporta la desestimación del segundo motivo por infracción procesal, no amparado formalmente en ordinal alguno del art. 469.1 LEC y fundado en «error patente en la interpretación ilógica de los distintos medios de prueba» con vulneración del art. 24 de la Constitución, pues carece de desarrollo argumental propio, remitiéndose a «todas las razones expuestas en el motivo anterior» y citando un pasaje de la motivación de la sentencia penal de primera instancia de la causa precedente que, en realidad, fue revocada en apelación.

En cualquier caso, aun cuando este motivo se examinara como autónomo y se entendiera amparado en el ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, no se advierte error probatorio alguno en la motivación de la sentencia impugnada sobre el primer pedimento de la demanda, y en realidad ni siquiera se alega ningún error en el recurso, limitado a considerar ilógico que no se adoptara la misma decisión con la oficina que con la vivienda cuando, como se ha razonado ya, las circunstancias de la adquisición de una y otra no fueron las mismas y así lo constata la sentencia recurrida. En cuanto a los pedimentos tercero y

cuarto de la demanda, esta Sala no puede entrar a examinar el error patente denunciado porque, como también se ha razonado, la razón causal de la desestimación de tales pedimentos por la sentencia impugnada fue su incompatibilidad con lo dispuesto en el art. 219 LEC, y el recurrente no ha articulado motivo alguno fundado en la infracción de este precepto. Y en cuanto al pedimento quinto, la razón causal de su desestimación fue su incompatibilidad con la acción subrogatoria ejercitada en la demanda por no aceptarse la modificación de su redacción inicial mediante el escrito de aclaración de demanda, cuestión a la que se dedica el motivo cuarto de este mismo recurso por infracción procesal.

El tercer motivo por infracción procesal, amparado en los ordinales 1.º y 3.º del art. 469.1 LEC (por error se dice apartado 2.º) y fundado en infracción de la jurisprudencia de esta Sala sobre la no necesidad de litisconsorcio pasivo cuando lo efectos de un litigio hacia terceros sean meramente reflejos, insisten en impugnar los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la circunstancia de no haberse demandado también a las sociedades Samar, Weyza e Invercom, y por tanto se desestima porque, como ya se ha explicado, tales razonamientos son argumentos accesorios y no constituyen la verdadera razón causal del fallo.

Finalmente, el cuarto y último motivo de este mismo recurso extraordinario por infracción procesal, no amparado en ordinal alguno del art. 469.1 LEC y fundado en infracción de su art. 426.1 por no haberse estimado el pedimento quinto de la demanda tal y como quedó formulado en el escrito de aclaración de la misma, se desestima no porque la parte hoy recurrente no formulase protesta contra la inadmisión de la aclaración en la audiencia previa, alegación de las partes demandadas-recurridas en su escrito de oposición que queda desmentida por la grabación de dicho acto, en la que consta que el letrado del hoy recurrente mostró su discrepancia y, además, se reservó el derecho a impugnar tal decisión, sino por las siguientes razones: la primera, que el art. 412 LEC prohíbe el cambio de demanda y, en verdad, es una alteración sustancial, no permitida por su art. 426.1, pedir la condena de las hijas a pagar a sus padres

una determinada cantidad cuando antes se había pedido la condena solidaria de aquellas a pagar la misma cantidad al demandante; y la segunda, que al añadirse en la aclaración una petición de entrega de esa misma cantidad al demandante en el propio procedimiento, en lugar de su afeción a las responsabilidades pecuniarias de sus deudores, seguía sin ajustarse el pedimento en cuestión a la naturaleza de la acción subrogatoria ejercitada en la demanda, pues según la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2008 (rec. 340/03) «permanece vigente la doctrina jurisprudencial integrada por la sentencia de 25 de noviembre de 1996, citada en el motivo, según la cual mediante la acción subrogatoria el bien ingresa en el patrimonio del deudor, sin que se pueda entregar el mismo al acreedor, que ejercitó dicha acción, en el mismo procedimiento, y sin que dicho acreedor ostente ninguna preferencia por este hecho».

4. Recurso de casación interpuesto por el actor

En cuanto al recurso de casación del demandante, único ya pendiente de examinar y compuesto de un solo motivo fundado en infracción de los arts. 1111 y 1297 CC, su desestimación se impone porque el propio recurrente considera «evidente» que su viabilidad depende de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y, además, porque sus alegaciones sobre los pedimentos tercero y cuarto de la demanda no pueden superar el obstáculo representado por la omisión de un motivo previo fundado en infracción procesal del art. 219 LEC, precepto que constituye el primero y principal fundamento de la desestimación de tales pedimentos por la sentencia impugnada y, en fin, porque sus alegaciones sobre el pedimento quinto de la demanda no pueden superar lo ya razonado en el fundamento jurídico precedente.

Validez del negocio fiduciario por el que los titulares formales de unas participaciones sociales deberían trasmitirlas a los hijos del matrimonio conforme fueran llegando a la mayoría de edad, lo que se instrumentó mediante una compraventa en escritura pública. Aunque no conste la donación de las participaciones por escrito, esta puede perfeccionarse de palabra.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

D. Bienvenido era un graduado social y prestaba servicios como administrador solidario, junto con quien había sido su cónyuge, de las sociedades Asesoría Martínez Ángel, SL y Consultant Center Gabinete Asesor, SL, cuyas participaciones pertenecían a marido y mujer en un cincuenta por ciento, siendo ambos, además, los administradores solidarios de las dos sociedades. Que Asesoría Martínez Ángel, SL ocupaba en arrendamiento un local que había sido propiedad de un tercero, por virtud de contrato celebrado el siete de marzo de novecientos noventa y uno. Que teniendo previsto los cónyuges comprar el referido local, decidieron constituir a tal fin una sociedad patrimonial, en la que aparecieran como únicos socios dos empleados de confianza de ambos —los demandados don Rafael y doña Zaida—, con el compromiso asumido por los mismos de transmitirles las participaciones cuando fueran requeridos a ello por los verdaderos titulares.

Patrimar 2000, SL se constituyó por escritura de 20 de enero de 2009, con el objeto de dedicarse a la compraventa, arrendamiento y administración de inmuebles. Que el domicilio social lo tenía en el local de Asesoría Martínez Ángel, SL, ocupada entonces en arrendamiento. Que los cónyuges decidieron que constara como administradora única de dicha sociedad la mujer, doña Amanda. Que el capital social era de quinientas mil pesetas, las cuales fueron extraídas de la cuenta de la Asesoría Martínez Ángel, SL, aunque en la escritura de constitución se dijera que las aportaban los socios fundadores, cosa que había reconocido como inexacta, en el proceso 859/04, la empleada doña Zaida.

Patrimar 2000, SL, representada por su administradora, doña Amanda, compró el local en el que Asesoría Martínez Ángel, SL desarrollaba su actividad, por el precio de veinticinco millones de pesetas, con la manifestación de que lo hacía libre de arrendatarios. Que, el once de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el mismo día de la compra relatada, quien era cónyuge del demandante contrató un préstamo, garantizado por hipoteca sobre la finca y, además, con el aval de los dos cónyuges y de la Asesoría Martínez Ángel, SL. Que, cada mes, Patrimar 2000, SL ingresó, como renta por el arrendamiento, la cuota de hipoteca y hoy lo seguía haciendo. Los cónyuges también adquirieron, por medio de Patrimar 2000, SL, una vivienda en Gandía, para lo que constituyeron un préstamo con garantía hipotecaria, cuyos plazos de amortización los había ido pagando también Asesoría Martínez Ángel, SL.

El 14 de julio de 2000 los primitivos y aparentes socios de Patrimar 2000, SL vendieron a don Álvaro, hijo mayor de los cónyuges todas las participaciones en que se dividía el capital de dicha sociedad, menos cinco —con las que se quedó doña Zaida—. Que la referida venta de participaciones consistió en una ficción, ya que no hubo precio alguno, que no hubiera podido pagar el hijo común, pese a que aparecía como comprador, pues era estudiante y carecía de ingresos. Todo lo que admitieron la referida trabajadora y su ex cónyuge en el anterior proceso. Que esa venta, además, se celebró sin consentimiento y conocimiento del demandante, para perjudicarlo en sus derechos, como había reconocido doña Zaida.

En el año 2003 se iniciaron los trámites de la separación —luego divorcio— de los cónyuges don Bienvenido y doña Amanda, durante los que ésta le manifestó que le iba a desahuciar del local. Que, efectivamente, a tal fin doña Amanda convocó junta de socios de Patrimar 2000, SL, la cual se celebró, con la asistencia de doña Zaida y el hijo matrimonial don Álvaro, el 15 de octubre de 2004. Que en la referida junta, los socios acordaron desahuciar a las sociedades que ocupaban los locales en cuestión, propiedad de la sociedad Patrimar 2000, SL.

Se tramitó el procedimiento de liquidación de dicha comunidad, en que el que se discutió si las participaciones en que se dividía el capital de una sociedad, denominada Patrimar 2000, SL, eran o no gananciales, dado que constaban a nombre de uno de los hijos del matrimonio, don Álvaro, así como de doña Zaida, que no habían sido llamados a aquel proceso, y la Audiencia Provincial de Valencia decidió no incluirlas en el inventario e invitar a los interesados a que, para discutirlo, instaran otro con intervención de dichas personas.

D. Bienvenido interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Amanda, don Álvaro, doña Zaida y don Rafael. Tras alegar en la demanda que Patrimar 2000, SL se había constituido con fines fiduciarios y que la venta de las participaciones a favor del hijo co-

mún de los principales litigantes era nula por falta de causa —precio— y porque no cabía hablar de una donación, ya que también el demandante era dueño, interesó en el suplico, del Juzgado de Primera Instancia que conociera del proceso, una sentencia «por la que declare la existencia de un negocio jurídico fiduciario mediante el cual don Bienvenido y doña Amanda actuaron como fiduciantes entregando dinero ganancial a los fiduciarios doña Zaida y don Rafael para que constituyeran Patrimar 2000, SL constituyendo una ficción que ocultaba la verdadera titularidad de la mercantil por parte de don Bienvenido y doña Amanda. Se declare la nulidad de pleno derecho por falta de cause (inexistencia de precio) del contrato de compraventa de participaciones sociales de Patrimar 2000, SL de fecha 14 de julio de 2000 por la que los socios fiduciarios de Patrimar don Rafael y doña Zaida vendieron simuladamente sus participaciones a don Álvaro. Se ordene la cancelación de la inscripción de esta transmisión en el registro mercantil. Se condene a doña Zaida y don Rafael a transmitir a don Bienvenido la mitad de las participaciones sociales de Patrimar 2000, SL».

Los demandados se personaron en las actuaciones y se opusieron a la demanda alegando la excepción de cosa juzgada pues en el anterior procedimiento seguido para la liquidación de la sociedad de gananciales, declaró que las participaciones en que se dividía el capital de Patrimar 2000, SL habían sido donadas al hijo de los litigantes y no formaban parte de la sociedad de gananciales —tenía en este proceso la eficacia de la cosa juzgada—. Que la acción ejercitada en la demanda, con apoyo en el artículo 1301 del Código Civil, había caducado. Que la constitución de Patrimar 2000, SL por los cónyuges había sido una liberalidad en beneficio de los hijos comunes, con la colaboración de los trabajadores que aparecen como socios, obligados a transmitir a los hijos cuando fueran requeridos a ello. Que el demandante había tenido conocimiento de dicha transmisión y sus gastos.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valencia dictó sentencia el 1 de septiembre de 2006, apreciando las excepciones de cosa juzgada y caducidad y desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 16 de marzo de 2007, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don Bienvenido, desestimando las excepciones de cosa juzgada y de caducidad de la acción ejercitada por el actor, pero confirmando la sentencia recurrida en cuanto desestima la demanda formulada, a excepción del pronunciamiento condenatorio en costas, que se deja sin efecto.

D. Bienvenido preparó e interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la sentencia recurrida, el Tribunal de apelación declaró probado que, pese a la apariencia de ser otros los titulares, las participaciones en que se dividía el capital de Patrimar 2000, SL pertenecieron, por mitad, a cada uno de los litigantes don Bienvenido y doña Amanda, los cuales habían estado casados y trataban —principalmente, en otro proceso del que el terminado

con aquella resolución traía causa— de liquidar su sociedad de gananciales. También declaró probado que, sirviéndose de una simulada venta, que había sido formalizada mediante escritura pública, los aparentes socios, supuestos vendedores, donaron las participaciones sociales al hijo común de los verdaderos titulares, siguiendo las instrucciones de sus ocultos mandantes.

Don Bienvenido, que en la demanda había afirmado que, no obstante la aparente titularidad de otros, las participaciones eran bienes gananciales y que la venta de las mismas a su hijo había sido simulada, se sirve ahora del recurso extraordinario por infracción procesal para criticar la valoración de la prueba que había llevado a la Audiencia Provincial a reconstruir los hechos en el sentido apuntado, y del recurso de casación para negar validez a la disimulada donación.

En el único motivo de su recurso extraordinario por infracción procesal, don Bienvenido se apoya en el artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil para denunciar la infracción de los artículos 316, 319, 386, en relación con el 218, apartado 2, de la misma Ley. Alega el recurrente que el Tribunal de apelación no había valorado conforme a las reglas de la lógica y la razón los medios de prueba a que se refieren las mencionadas normas, al haber declarado cierta su voluntad de donar e, incluso, su conocimiento de la donación, que dice fue realmente convenida a sus espaldas, por terceras personas.

El motivo y, con él, el recurso se desestima. Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser denunciados por la vía del artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que ese motivo del recurso extraordinario por infracción procesal está destinado al control del cumplimiento de las normas procesales reguladoras de la sentencia —esto es, del procedimiento para dictarla, de su forma y requisitos internos—, pero no a fiscalizar la aplicación de las reglas y principios que deben observarse en la valoración de la prueba, a los que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.

La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los Tribunales de las instancias, no es revisable en este recurso extraordinario, salvo que no llegue a superar el test de razonabilidad constitucionalmente exigible para entender respetado el derecho a una tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 de la Constitución Española. Y, en tal caso excepcional, el recurso debe plantearse al amparo del artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto,

de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sentencias 1993/2006, de 15 de julio, 198/2010, de 5 de abril, 230/2011 de treinta de marzo y 256/2011, de 11 de abril—. Es cierto que el artículo 218, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido al requisito de motivación de las sentencias, pone en relación la misma con la lógica y la razón. Pero tal imperativo se proyecta sobre la exposición argumentativa del *iter* que llevó a la decisión judicial —sentencias 705/2010, de 12 de noviembre, 230/2011 de treinta de marzo y 256/2011 de once de abril—, no a la operación de valoración de la prueba —lo que no impide que sea posible denunciar una falta de motivación sobre ella o la realidad de una mera apariencia de motivación al respecto, que la vicia de arbitrariedad—.

En conclusión, el recurrente, por una vía procesal inadecuada —la del apartado 1 ordinal segundo del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, pretende obtener una nueva valoración de los medios de prueba identificados en el único motivo de su recurso. Lo que, en conclusión, no cabe, ya que el recurso extraordinario por infracción procesal no abre una nueva instancia.

Por medio de los dos motivos de su recurso de casación impugna don Bienvenido la declaración del Tribunal de apelación de que había sido válida la disimulada transmisión gratuita de las participaciones, efectuada por los socios aparentes, siguiendo las instrucciones de los verdaderos, a favor de uno de los hijos de éstos.

En el primero de los motivos denuncia el recurrente la infracción de los artículos 1261, 1262, 1274, 1275 y 1276 del Código Civil. Alega en este motivo que la compraventa de las participaciones fue simulada, pues no hubo intervención de precio, así como que la supuesta donación disimulada no existió, porque no se había probado su *animus donandi* ni la aceptación del donatario supuesto. Esto es, el consentimiento de las dos partes o coincidencia de su voluntad de donar y la de su hijo de recibir en donación.

En el segundo de los motivos los artículos que don Bienvenido señala como infringidos son los números 618, 623, 629, 630, 632 y 633 del Código Civil y 26 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad li-

mitada. Alega el recurrente en este motivo que su voluntad de donar no se había demostrado —y, menos, para beneficiar sólo a uno de sus tres hijos—, siendo que el referido ánimo de liberalidad necesitaba de una prueba directa, al no ser, en ningún caso, presumible. Añade que no había existido aceptación por parte del donatario, requisito preciso para la perfección de la donación, y, además, que no se había cumplido la forma exigida para donar un bien mueble, por cuanto, siendo cierto que la transmisión se documentó mediante escritura pública, en la misma no constaban las declaraciones de voluntad de donar y de aceptar, sino las de vender y comprar, que, a mayor abundamiento, eran falsas o simuladas. Y, en fin, que dicha ausencia de forma escrita y pública contravenía el tenor del 26 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, regulador de los requisitos formales de toda transmisión de participaciones sociales.

Las argumentaciones que dan soporte al primero de los motivos conducen al fracaso del mismo. En parte, por carecer de toda justificación como fundamento de una impugnación de la sentencia recurrida, dado que coinciden con las que sirvieron de explicación de la decisión judicial en aquella contenida.

Tal sucede con la relativa a la naturaleza simulada del contrato de compraventa, que el recurrente afirma como consecuencia jurídica de que las dos partes contratantes de la compraventa de las participaciones hubieran excluido, de mutuo acuerdo, pese a declarar lo contrario, la obligación de que el adquirente pagara precio alguno.

Es cierto que el precio constituye elemento objetivo esencial de la compraventa y que su ausencia querida elimina, además, la onerosidad de la causa de la transmisión. Pero también lo es que el Tribunal de apelación declaró expresamente —así resulta de la lectura del contenido del fundamento de derecho quinto de su sentencia— que nos hallamos ante «[...] una simulación relativa, en la que tras el contrato simulado de compraventa se esconde el contrato disimulado de donación de las participaciones sociales, cuyo contrato será válido si concurren los requisitos de validez que para él se exigen [...]».

Las demás alegaciones del recurrente se dirigen a negar la donación —su ánimo de donar, la exteriorización de la voluntad de hacerlo él y la del supuesto donatario de recibir gratuitamente—. Pero, con ellas, incurre en una petición de principio, pues afirma lo contrario a lo que declaró como cierto el Tribunal de la segunda instancia, y, al fin, en el sofisma de extraer consecuencias de lo que procesalmente no es más que una falsa premisa, cuya certeza debería haber quedado demostrada previamente a utilizarla en la formación del silogismo.

En efecto, como se apuntó al principio, el Tribunal de apelación declaró —según se lee en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia— que «del examen de la prueba practicada se llega a la misma conclusión a la alcanzada en la sentencia recurrida, es decir, que el pacto fiduciario consistió en que los titulares formales de dichas acciones (sic) deberían transmitir las a los hijos del matrimonio conforme fueran llegando a la mayoría de edad», así como que —en el fundamento de derecho quinto— fue el demandante quien «ordenó y, por tanto, consintió esa transmisión de las participaciones a favor de su hijo».

A lo expuesto hay que añadir, para desestimar el motivo, que no es el recurso de casación instrumento apto, en ningún caso, para modificar el *factum* tal como quedó reconstruido en la instancia, al que el Tribunal de casación debe estar para examinar si el derecho objetivo fue aplicado al mismo correctamente.

En el segundo de los motivos de su recurso de casación, don Bienvenido ofrece mejores argumentos contra la sentencia de apelación.

Para dar respuesta a los planteamientos que en él la representación procesal de dicho litigante expresa, anteriormente resumidos, es preciso tener en cuenta la doctrina que se expone seguidamente.

I. El artículo 26, apartado 1, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada —artículo 106, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital—, exige que conste en documento público la transmisión de

las participaciones sociales. Ello, sin embargo, no convierte en solemne el correspondiente contrato, pues la forma notarial no alcanza el nivel de constitutiva o esencial para la perfección del mismo —*ad substantiam* o *solemnitatem*—.

Antes bien, sólo cumple la función de medio de prueba —*ad probationem*— y de oponibilidad de la transmisión a los terceros —*ad exercitium* o *utilitatem*—, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil.

De otro lado, las participaciones sociales, en cuanto expresión de la titularidad de una de las partes ideales en que se divide el capital social y del conjunto de derechos y deberes integrantes de la posición de socio, conforme a la Ley y los estatutos —artículos 5, apartado 1, y 26, apartado 1, de la Ley 2/1995, y 91 del Real Decreto Legislativo 1/2010—, son bienes susceptibles de posibilitar un ejercicio continuado y de ser apropiadas y transmitidas.

Ello sentado y, ante la ausencia de norma especial, les es aplicable a las participaciones sociales el régimen jurídico general de la donación, contenido en el Código Civil. Y, en concreto, el propio de la que tiene por objeto bienes muebles —artículos 333 y 335, en relación con el 632, todos del Código Civil—.

Las dos formas que, alternativamente, exige el artículo 632 del Código Civil para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación —escrito que cumple idéntica función esencial que la que el artículo 633 atribuye a la escritura pública en la donación de inmuebles— o, si la donación fuera verbal, realizarse con la «entrega simultánea de la cosa donada».

De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos.

Por otro lado, la forma escrita ha de ser la de una donación —la cual tiene que ser aceptada también por escrito, sea el mismo u otro—, de donde se sigue que no vale como forma de donación un escrito otorgado para dar apariencia a una compraventa.

La expuesta doctrina —que responde a la idea de que debe existir una relación entre la exigencia de forma y el cumplimiento por ella de una función empírica— ha sido seguida por la jurisprudencia, nítidamente a partir de la sentencia número 1394/2007, de 11 de enero —«esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría», pues «aunque se probase que hubo del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación [...] el art. 633 Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial [...] en consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos» —y por las números 378/2009, de 27 de mayo, y 287/2009, de 4 de mayo, entre otras—.

Es cierto que lo expuesto fue afirmado en las referidas sentencias para la escritura pública y en relación con la donación de inmuebles, pero no hay razón para que no valga, por las mismas razones, para la que tiene por objeto una cosa mueble, si es que se formaliza por escrito, sea público o privado.

Es, por lo tanto, correcta una de las conclusiones que defiende en este segundo motivo el recurrente: la escritura de venta de las participaciones no vale como forma escrita de donación, ya que el documento no fue la expresión formal de un contrato de tal clase, sino un artificio para ocultarlo bajo la apariencia de otro.

Por lo hasta aquí expuesto el motivo segundo del recurso de casación debería ser estimado. Sin embargo, lleva a la solución contraria la aplicación al caso de la técnica de la equivalencia de resultados, que manda desestimar un

motivo, cuando, no obstante ser merecedor de estimación, la decisión recurrida tenga que ser mantenida con otros argumentos —sentencias 452/2010, de 12 de julio, 489/2010, 15 de julio, 556/2010, 16 de septiembre, entre otras—, actuando ya el Tribunal de casación como Tribunal de instancia.

Lo que decimos porque, aunque no constan donadas las participaciones por escrito, cabe, como se expuso, que la donación de bien mueble se perfeccione de palabra, con entrega simultánea de la cosa.

II. Las participaciones sociales no tienen el carácter de valores ni están representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta —artículos 5, apartado 2, de la Ley 2/1995, y 92, apartado 2, de Real Decreto Legislativo 1/2010—, razón por la que su transmisión tiene lugar según el régimen común de la de los créditos y demás derechos incorpóreos —artículo 1526 del Código Civil—, como expresamente se establece para las acciones representativas

del capital de las sociedades anónimas antes de que se hayan impreso y entregado los títulos —artículos 56, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y 120, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/2010—.

La entrega de bienes de tal clase, necesaria para que quepa entender cumplida la forma real propia de la donación manual, ofrece particularidades tratándose de bienes sin expresión material. Pero no puede haber inconveniente en entenderla probada cuando el donante, o quien lo hiciera por él, dejara de poseer los derechos de los que aquellos son expresión y pasara a hacerlo el donatario.

Pues bien, ese cambio subjetivo en la condición de socio se considera producido en la sentencia recurrida, al derivar de las actuaciones el nítido reflejo de que, desde la aparente venta y disimulada donación, fue el hijo del demandante quien ejercitó sin oposición conocida los derechos de socio.

DERECHO A LA INTIMIDAD

La atribución de infidelidades es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de un matrimonio y por ello se condena a unas presentadoras y a una productora de televisión a abonarles una indemnización de 50.000 euros para cada uno de los cónyuges.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Julia y D. Raimundo interpusieron demanda de juicio ordinario contra la compañía mercantil Cuarzo Producciones S.L., D.^a Mercedes, D.^a Asunción y D.^a Belinda solicitando se dictara sentencia «por la que: 1. Se declare que la conducta de los demandados es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar de D.^a Julia y D. Raimundo. 2. Se condene a los demandados: a) A estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abstenerse en lo sucesivo de realizar intromisiones ilegítimas en los derechos de D.^a Julia y D. Raimundo. b) A rectificar la información difundida y pedir disculpas, por escrito, y verbalmente en el programa donde se han emitido y publicado las imágenes y declaraciones. c) A que sea publicada a costa de

la contraparte la sentencia que se dicte en el presente procedimiento, mediante anuncios en dos diarios de tirada nacional, en la forma que el Juzgado determine. d) A indemnizar de manera solidaria a los actores, por los daños causados, ciento cincuenta mil euros (150.000 euros) a cada uno de los actores, sin perjuicio de que tal cantidad sea modificada hasta alcanzar aquella cuantía que este Juzgado considere oportuno. e) Al pago de las costas del presente procedimiento».

Tras los oportunos emplazamientos, el Ministerio Fiscal presentó escrito de contestación a la demanda remitiéndose al resultado de la prueba y a su valoración en el momento procesal oportuno. La compañía mercantil Cuarzo Producciones S.L. contestó a la demanda proponiendo las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario, o en su caso de intervención provocada, y defecto legal en el modo de proponer la demanda, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se dictara una sentencia desestimatoria de todos y cada uno de los pedimentos de la demanda con condena en costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe manifiestas. D.^a Mercedes compareció, y contestó a la demanda proponiendo aquellas mismas excepciones, oponiéndose también en el fondo y solicitando su desestimación en los mismos términos. Y D.^a Belinda compareció en las actuaciones y contestó a la demanda oponiéndose en el fondo y solicitando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante.

El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Madrid dictó sentencia el 21 de septiembre de 2007 estimando la demanda y declarando que la conducta de las demandadas es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los demandantes, condenó a todas las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abstenerse en lo sucesivo de realizar intromisiones ilegítimas en los derechos de los demandantes; a que sea publicada a su costa la parte dispositiva de la presente sentencia, mediante anuncios en dos diarios de tirada nacional a elección de las condenadas y, en su defecto, de los demandantes; a las demandadas Cuarzo Producciones S.L., Mercedes y Asunción a indemnizar solidariamente a cada uno de los demandantes con la suma de 20.000 euros más sus intereses legales; a las demandadas Cuarzo Producciones S.L., Mercedes y Belinda a indemnizar solidariamente a cada uno de los demandantes con la suma de 30.000 euros más sus intereses legales.

En grado de apelación, la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 23 de mayo de 2008 desestimando los cuatro recursos, confirmando íntegramente la sentencia apelada e imponiendo las costas a las partes apelantes.

Las cuatro demandadas interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base de la demanda

La demanda fue interpuesta por D. Raimundo, matador de toros con el sobrenombre artístico de «Pedro Francisco» y su esposa D.^a Julia, actriz y presentadora de televisión con el sobre-

nombre artístico de «Josefa». Los demandados fueron la compañía mercantil Cuarzo Producciones S.L., productora del programa de televisión «El programa de Mercedes», D.^a Mercedes, presentadora de este programa y D.^a Belinda y D.^a Asunción, colaboradoras del mismo. Y los

hechos que según la demanda eran constitutivos de intromisión ilegítima en los referidos derechos fundamentales, y además en el derecho fundamental a la propia imagen, habían tenido lugar durante las emisiones de dicho programa de los días 7 y 14 de febrero de 2005 del siguiente modo:

«Programa de 7 febrero de 2005 desde las 13:09 hasta las 13:11 horas. (Documento número 2 de la demanda).

Se incluyen los siguientes títulos sobreimpresos: “NUEVOS DATOS SOBRE LA SITUACIÓN SENTIMENTAL DE Josefa Y Pedro Francisco”; “LOS TOREROS EN TELA DE JUICIO”. Destacan las siguientes intervenciones como especialmente lesivas de los derechos de mis representados:

— Asunción: “Pero Irene, incluso al principio del matrimonio ya fue comentado que Pedro Francisco...”

— Irene: “¡Hombre! ¡Lo de Teodora!”

— Asunción: “Aparte de lo de Teodora, estaba con una chica que se llamaba Begoña, una chica cordobesa muy guapa, que trabajaba aquí en Madrid, que luego ha sido directora de una revista de allí de Marbella, de Absolut Marbella, que ha sido el gran amor de su vida, de este hombre”.

— Mercedes: “No, el gran amor de su vida debe ser su mujer, que ha tenido un hijo con ella”.

Programa de 14 de febrero de 2005 desde las 12:46 hasta las 12:50 horas. (Documento número 2 de la demanda).

Se incluyen los siguientes títulos sobreimpresos: “NUEVOS DATOS SOBRE LA SITUACIÓN SENTIMENTAL DE Josefa Y Pedro Francisco”; “Josefa Y Pedro Francisco: ¿CRISIS MATRIMONIAL?”.

Especialmente significativas resultan las siguientes intervenciones:

— Belinda: “Hoy sacamos en ‘¡Sorpresa!’ que ellos dos habían tenido una crisis, y yo te cuento la otra versión. La otra versión es que ha habido otra persona, ahora ya ha roto con ella, ha habido otra persona, una morena muy guapa (...) yo te digo una morena, muy guapa y vive

aquí en Madrid. No es la primera que ha habido y ha habido una con la que lleva muchísimo tiempo y que es de Linares (...) en el matrimonio. (...) No sé si llamarlas infidelidades, ton-teos, o... una ‘Operación Polvorón’ (...) Pedro Francisco ha dejado a la chica con la que estaba (...) Pedro Francisco ha dejado la relación que tenía en estos momentos con una guapa morena de Madrid”.

— Mercedes: “Lo dices con mucha seguridad Belinda (...)”

— Belinda: “Lo de la morena sí lo digo con seguridad (...)”

— Mercedes: “(...) Se puede hacer mucho daño a una pareja si no hay pruebas (...) Supongo que para hacer esas afirmaciones tendrás pruebas contundentes”.

— Belinda: “Bueno... La chica de Linares era muy conocido allí el tema, ¿eh?, incluso llegaron a comentar que ella (por Josefa) conocía la historia, que incluso..., porque viene de antes del matrimonio, incluso (...). Yo sí que sé unas fotos que hay, pero que... no sé si debido a la calidad o bien... pero con esta morena, pero desde luego la fuente es...”.

2. Hechos probados según la Sentencia de Primera Instancia

Como hechos probados se declaran los alegados en la demanda con las siguientes precisiones: «1.ª En relación con el programa emitido el 07/02/05 que, en lo que es relevante en este juicio, la primera intervención de Asunción va precedida, primero, de una introducción de la presentadora del programa, Mercedes, en la que dice: “Perdonad un momento, que Irene tiene otra información...”, para a continuación intervenir la identificada en la demanda como Irene, que no ha sido demandada, quien dice que “se ha hablado mucho de la crisis de Josefa y de Pedro Francisco, de hecho hoy es portada en la revista Sorpresa; yo tengo que decir que la crisis ella misma lo ha desmentido esta misma mañana, no existe crisis, él está toreando en Méjico y ella está aquí en España, y el motivo de la cara de enfado de Josefa, en la que vemos en la revista y también imágenes, es porque van a la puerta del colegio, ella está recogiendo a

su hija pequeña, y ella se enfada porque le preguntan por la chica ésta que ha salido hablando diciendo pues que su marido ha sido infiel con una amiga, que no ha salido ni la que ha cometido supuestamente la infidelidad; ellos lo desmienten, ellos dicen que no hay ninguna crisis, y yo, sinceramente las informaciones que tengo es que esta pareja...”, siendo entonces interrumpida por Asunción quien inicia el comentario transcrito: “Pero Irene, incluso al principio del matrimonio...”. Después de los comentarios transcritos, hay una intervención de un varón no identificado en la demanda, quien dice que Pedro Francisco “tuvo una relación muchos años con Martina...”, lo que genera otros comentarios de los participantes en el programa, cerrando la presentadora diciendo “Cualquiera que tenga más de veinte años tiene un pasado sentimental, porque si no, mal lo llevaría”. A continuación cambian de tema.

Por lo que respecta al programa emitido el 14/02/05 el comentario transcrito de Belinda, (página 8 de la demanda), va precedido de una pregunta de la presentadora, Mercedes, quien dice: “¿Belinda, sí o no?, en este caso, porque también se especulaba con Josefa y Pedro Francisco, un alejamiento, ella lo desmintió, dijo, bueno es que...”, comenzando a hablar la referida Belinda diciendo “Yo esos días que he estado en casa os he estado viendo todos los días y hoy sacamos en Sorpresa que ellos dos tenían una crisis; oí a Irene, que había hablado con Josefa y, bueno, yo te cuento la otra versión...”. Por otra parte, entre la primera intervención de Belinda, según la transcripción, y la segunda, hay otra serie de comentarios y preguntas por parte de otros miembros de la tertulia que abundan en el tema tratado.

Asimismo, y del resto de la prueba practicada (documental aportada por las demandadas y no impugnada de contrario), corresponde tener por acreditado lo siguiente:

A) que, con anterioridad a la emisión de los programas indicados, y en concreto en fechas 25, 26 y 27/01/05, las páginas web <http://es.celebrities.yahoo.com/>, <http://www.elsemanaldigital.com/>, <http://www.todoellas.com/> y <http://www.asdecoraciones.com> publicaron informaciones bajo los siguientes titulares: “Eli-

zabeth asegura que Pedro Francisco tiene una relación extramatrimonial”, “Pedro Francisco podría haberle sido infiel a Josefa”, “Rumores de infidelidad en el matrimonio Pedro Francisco y Josefa” y “Afirman que Pedro Francisco le es infiel a Josefa”. Las demás páginas obtenidas de Internet y aportadas por las demandadas, o no justifican la fecha de su comunicación, o son posteriores a los programas.

B) También debe darse por probado que la revista “Semana” publicó en diciembre de 2003 un destacado reportaje del matrimonio demandante, con inclusión de varias fotografías, una de ellas en portada, bajo el título “Pedro Francisco y Josefa felices con su hija”, (documento 11 de la contestación de Belinda), así como que la revista “Hola”, en 11/01, publicó un amplio reportaje de la boda de los ahora actores, (documento n.º 13).

C) Finalmente debe darse por probado que Mercedes era, al menos en la fecha de los hechos, accionista y Consejera Delegada Solidaria de Cuarzo Producciones S.L. (doc. n.º 4 de la demanda)».

3. Razonamientos Jurídicos de la Sentencia de Primera Instancia

Las razones por las que la sentencia considera tales hechos probados como constitutivos de las referidas intromisiones ilegítimas son, en síntesis, las siguientes: 1) La intervención de D.^a Asunción en la emisión del día 7 parece inicialmente orientada a hacerse eco de un rumor, pero al afirmar que una chica cordobesa había sido el gran amor de su vida de «Pedro Francisco», lo viene a asegurar de manera concluyente e inequívoca, de modo que «no se limita a recordar unos rumores más o menos fundados, sino que viene a afirmar la certeza de los mismos»; 2) en cuanto a la intervención de D.^a Belinda en el programa del día 14, «lejos de narrar la versión de un tercero, afirma de manera tajante y concluyente» que el torero había roto una relación amorosa ya que ahora había otra persona, no siendo la primera, porque había una que llevaba muchísimo tiempo con él y era de Linares; 3) estas intervenciones no eran incardinables en el concepto de «reportaje neutral» porque no se determinaba la fuente u origen de la informa-

ción transmitida; 4) además venían a «afirmar de manera concluyente la vulneración por parte de Raimundo del deber de fidelidad matrimonial establecido en el art. 68 del Código Civil»; 4) si bien dichas intervenciones no constituían intromisión ilegítima en el derecho de los demandantes a la propia imagen, en cambio sí vulneraban su derecho fundamental al honor, porque aun cuando «la conducta adúltera, que en definitiva suponen las infidelidades matrimoniales, ha decaído en su desvalor, habiendo dejado de ser delito en los años setenta, sigue siendo un hecho que merece desvaloración para el derecho y para la sociedad del que aquél es expresión, al considerarse como causa de separación matrimonial constituyendo tal situación la infracción de uno de los más importantes deberes matrimoniales», de modo que las manifestaciones de D.^a Asunción y D.^a Belinda afectaban a la reputación y buen nombre de D. Raimundo y lesionaban la dignidad de los dos demandantes menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (art. 7, apdos. 3 y 7, de la LO 1/82), pues «la imputación de la infidelidad supone un desdoro no sólo para el pretendido autor de la infidelidad, sino de igual manera para su cónyuge, al ver afectada su propia consideración, tanto si como consecuencia de ello es objeto de mofa como si lo es de conmiseración»; 5) los hechos también eran constitutivos de intromisión ilegítima en la intimidad, «porque la afirmación, prácticamente sin reservas, de la infidelidad matrimonial de Raimundo incorpora una intromisión en el derecho a la intimidad de ambos demandantes», como su desprendía de la STS 11-11-04, «siendo preciso recordar que la sexualidad, tanto como opción, como en relación a las personas con quienes se mantienen relaciones de esta naturaleza, es terreno ajeno a los terceros»; 6) el juicio de ponderación entre aquellos derechos fundamentales y los derechos también fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información daba como resultado que en el presente caso estas libertades no amparasen la intromisión porque, aun cuando «los demandantes tienen una proyección social, la misma deriva de su actividad profesional (torero el primero y actriz y presentadora la segunda), pero sin que las manifestaciones vertidas tengan nada que ver con su actividad profesional, sino que se refieren

a aspectos de su vida privada e íntima, ello con independencia de que están desprovistas de cualquier soporte probatorio, más allá de la referencia a rumores o comentarios previos cuya fuente no se cita»; 7) además, «la información divulgada carece de cualquier interés general, que no es lo mismo que el deseo de satisfacer la curiosidad morbosa de cierto sector de la audiencia»; 8) el hecho de que los demandantes hubieran sido protagonistas de reportajes en las revistas *Semana* y *Hola* no eliminaba la intromisión ilegítima, a la vista de lo que dispone el art. 2.1 de la LO 1/82, pues «en ningún caso se demuestra que los actores hayan percibido compensación o precio por los reportajes indicados, y en forma alguna puede afirmarse que éstos comercialicen su vida privada, más si tenemos en cuenta que de los dos reportajes aportados en respaldo de tal alegación, uno, el de la revista *Hola*, recoge un acontecimiento especialmente significativo, cual es el propio enlace matrimonial de los demandantes, y el segundo, en la revista *Semana*, es esencialmente gráfico, y no aporta prácticamente nada de la vida privada de los actores más allá de expresiones convencionales»; 9) de las referidas intromisiones ilegítimas también debían ser consideradas responsables, conforme al art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1965 y las SSTS 22-12-98, 17-3-04 y 18-11-04, la productora y D.^a Mercedes, la primera porque según la STS 18-11-04 no era causa exonerativa el que el programa se emitiera en directo, y la segunda por ser accionista y consejera delegada de la productora, el propio programa se titulaba «El programa de Mercedes», siendo ella su presentadora o conductora, y además su actuación concreta había consistido en introducir el tema y provocar el debate, «aunque a continuación parezca jugar el papel de abogado de los perjudicados defendiendo que tales imputaciones deben hacerse con pruebas, que sin embargo en momento alguno exige, y abogando por la estabilidad matrimonial de las personas objeto de la información»; 10) además, de la prueba videográfica resultaba que dicha conductora o presentadora «conoce a la perfección lo que se va a decir y lo promueve, y, de esa manera, introduce el tema en el programa de 07/02/05 cortando un debate anterior y diciendo, “Perdonad un momento, que Irene tiene otra información...”, y de la misma forma en

el de fecha 14/02/05 compele a su interlocutora para que saque el tema, “¿Belinda, sí o no?”, en este caso, porque también se especulaba con Josefa y Pedro Francisco, un alejamiento, ella lo desmintió, dijo, bueno es que...»; 11) por tanto no era de recibo que D.^a Mercedes fuera una empleada de Cuarzo o que actuara bajo las órdenes de la directora del programa, alegación defensiva que debía considerarse hecha en fraude de ley precisamente para eludir su responsabilidad; 12) en cuanto a las indemnizaciones, la suma de 300.000 euros pedida en la demanda no se consideraba procedente porque la hija menor de edad de los demandantes, debido a su horario escolar, no podía haber visto los programas; 13) sin embargo las intromisiones sí debían calificarse de graves, aunque menos intensa la del primer programa que la del segundo, reiterativa de la anterior pero con «un discurso mucho más elaborado y menos espontáneo»; 14) por otro lado las intromisiones se habían producido «en una de las cadenas con mayor audiencia», si bien la aparición de «publicaciones en Internet previa a los programas que ya habían mencionado la pretendida crisis matrimonial de los ahora demandantes, debe considerarse a la hora de evaluar la indemnización, ya que no es lo mismo levantar un rumor que propagarlo, aunque la capacidad de difusión de la televisión actúa justo en sentido contrario»; 15) por último, en materia de cuantía de las indemnizaciones, era «muy significativo el llamativo incumplimiento, por no decir olímpico desprecio» de la productora respecto del requerimiento judicial para que informara del beneficio obtenido, desconociéndose también la retribución de las colaboradoras del programa, por lo que en cualquier caso debía darse por sentado «que la lesión ha producido desde luego beneficios económicos a los interpellados».

4. Razonamientos jurídicos de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial

Recurrida la sentencia en apelación por las cuatro partes demandadas, el tribunal de segunda instancia desestimó los recursos y la confirmó íntegramente. Fundamentos de este fallo son, en esencia, los siguientes: 1) El tribunal comparte por entero la motivación de la sentencia ape-

lada; 2) los datos difundidos en los programas litigiosos incidieron negativamente en el honor y la intimidad de los demandantes, con consecuencias ulteriores como las preguntas que se le hacían a la demandante al recoger a su hija del colegio; 3) la demandada D.^a Mercedes era «directora *de facto*, accionista de la productora e introductora de los temas en el programa», que llevaba su nombre, pudiendo traerse a colación «la figura del factor notorio», de modo que la persona identificada por la productora como directora del programa sería una directora meramente formal que no podía prevalecer sobre «una dirección fáctica, de dominio del medio y de dirección específica del programa», encuadrable en el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta; 4) no había prueba alguna de que los demandantes hubieran consentido con anterioridad intromisiones similares, pues los reportajes de *Hola* y *Semana* no contenían datos que pudieran afectar a su honor e intimidad; 5) en el contexto del programa se había introducido, más que la propia crisis matrimonial, la infidelidad del demandante, con la incidencia que tiene cuando carece de veracidad, «infidelidad que supone el quebrantamiento de uno de los más importantes deberes que contraen los cónyuges cuando se unen en matrimonio, como ya recogía el Juzgador de instancia y expresa el art. 68 del Código Civil, antes y después de la reforma operada por la ley 13/2005»; 6) las demandadas no podían ampararse en la libertad de información y de expresión porque la información facilitada en los programas litigiosos «no era de interés general ni tenía relevancia pública, al tiempo que no se utilizaron, en modo alguno, los cánones mínimos para poder hablar de una información veraz teniendo en cuenta los cánones de la profesionalidad informativa»; 7) no se estaba «en presencia de una información de interés público, respecto de personaje público», sino en la de una información destinada a satisfacer «la curiosidad morbosa de cierto sector de la audiencia»; 8) la información en cuestión tampoco quedaba amparada por la doctrina del «reportaje neutral»; 9) era evidente «la gran incidencia que la infidelidad puede generar, cuando carece de cualquier soporte de veracidad, en una pareja unida en matrimonio, en la totalidad de los miembros de ésta e incluso en las per-

sonas de su entorno personal o de amistad»; 10) las respectivas cuantías de las indemnizaciones acordadas eran adecuadas porque mediante las intromisiones en los derechos fundamentales de los demandantes se buscaba «en cierta forma, potenciar la audiencia de un específico programa que, como otros de su clase, dedican una determinada franja horaria a temas relacionados con personas conocidas o famosas»; 11) los derechos a la libertad de expresión y de información sobre personas de notoriedad «tendrían que referirse al propio ámbito en que tales personas han manifestado su notoriedad (actriz o presentadora de televisión y torero) y no dentro de la propia vida privada»; 12) «no existió colisión entre derechos fundamentales pues no estamos ante personaje público, ni ante información de interés público y sí de la sola satisfacción del interés morboso... de una parte de la audiencia, careciendo en cualquier caso la información del dato de la veracidad».

5. Motivos de los recursos de casación

Contra la sentencia de apelación recurrieron en casación, mediante recursos independientes, las cuatro parte demandadas, pero estando ya las actuaciones en esta Sala D.^a Asunción se separó de su recurso, por lo que en fase de admisión tan solo hubo que pronunciarse sobre los de D.^a Belinda, la compañía Cuarzo Producciones S.L. y D.^a Mercedes, con el resultado de admitirse los tres motivos del primer recurso, los dos motivos del segundo y, del tercer recurso, solamente uno de sus tres motivos.

El motivo primero del recurso de Cuarzo Producciones S.L., los motivos primero y segundo del recurso de D.^a Belinda y el único motivo admitido del recurso de D.^a Mercedes plantean cuestiones muy similares, referidas todas ellas a la inexistencia de las intromisiones ilegítimas apreciadas por la sentencia impugnada, y el motivo segundo y último del recurso de dicha productora y el tercero y último del recurso de D.^a Belinda, subsidiarios de los que les preceden, impugnan las respectivas cuantías de las indemnizaciones establecidas por la sentencia recurrida, de modo que el estudio de los motivos se hará agrupándolos en función de la cuestión común que plantean.

Del recurso de D.^a Belinda, su motivo primero se funda en vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión e información reconocido en el art. 20.1 a) y d) de la Constitución frente al derecho al honor reconocido en el art. 18 de la propia Constitución, en relación con el art. 7.7 de la LO 1/82, y su motivo segundo en infracción del citado art. 18, en cuanto al derecho fundamental a la intimidad, en relación con los arts. 2.1 y 7.3 de la LO 1/82, impugnándose en ambos motivos el juicio de ponderación del tribunal sentenciador por no ajustarse a lo que exige la jurisprudencia. En el desarrollo argumental de los motivos se alega, en síntesis, que dicho juicio de ponderación constitucional es erróneo al magnificar el supuesto contenido lesivo de las informaciones «acudiendo para ello a preceptos extintos del Código Civil» y presumiendo que la actividad de la recurrente estaba retribuida; que ella se limitó a hacerse eco de rumores preexistentes; que «la relevancia pública de la información es evidente, toda vez que no se discute que estamos ante personajes públicos y ante hechos de interés público propiciado por los propios actos de los demandantes»; que de ningún modo puede compartirse el juicio del tribunal sentenciador de que la información solo viniera a satisfacer una curiosidad morbosa, salvo que se quiera entrar en el terreno de «la hipocresía social»; que la recurrente se nutrió «no sólo de sus propias fuentes que, en aras del secreto profesional no está obligada a revelar, sino también del trabajo llevado a cabo por los profesionales de otros medios»; que ella misma intentó contrastar la información publicada en el número de la revista Sorpresa de 14 de febrero de 2005 con la propia D.^a Julia, «quien se negó a hacer declaraciones y cuyo aspecto y estado de ánimo, constituyen claro indicio de que las informaciones difundidas por mi representada recogían el sentir general de la opinión pública en aquel momento y las informaciones de que se habían hecho eco la generalidad de los medios de comunicación sobre “prensa de sociedad»; que por tanto no hubo intromisión ilegítima en el derecho al honor, pues en modo alguno se atribuye al demandante D. Raimundo «una conducta adúltera»; que la sentencia impugnada llega hasta el punto de citar una norma no vigente, cual es el art. 82 CC en

relación con la infidelidad como causa de separación; que respecto del derecho a la intimidad debían tenerse en cuenta los actos propios de los demandantes, quienes habían expuesto su vida personal en un reportaje de la revista *Semana*; que la difusión de rumores sobre la crisis matrimonial de los demandantes no equivalía a la difusión de datos pertenecientes a la sexualidad de las personas; que los demandantes, cuando les había interesado, se habían lucrado obteniendo «pingües beneficios» del reportaje de su boda en la revista *Hola*; y en fin, que los demandantes, mediante sus propios actos, habían hecho nacer «un legítimo interés público para la ciudadanía por ámbitos de privacidad que en otro caso no los tendrían», no ajustándose al ordenamiento jurídico que la información sea legítima si los datos difundidos son positivos e ilegítima cuando sean negativos.

El primer motivo del recurso de Cuarzo Producciones S.L. se funda en vulneración del art. 20 de la Constitución e infracción de la doctrina sobre la relación entre el derecho al honor y la intimidad contemplados en la LO 1/82 y el derecho a informar y opinar libremente. Su alegato aduce, en esencia, que según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala «los personajes de notoriedad pública ven inevitablemente reducida su esfera de intimidad»; que «los famosos deben soportar que se informe de las noticias que les conciernen»; que la noticia fue previa al programa y había aparecido en otros medios, limitándose la presentadora del programa a mantenerse «siempre en posición neutral o incluso contraria a los rumores sobre la crisis matrimonial»; que «resulta deleznable que se aluda a la menor, pues el programa es muy respetuoso con la situación de los menores» y «se emite por la mañana, en horario escolar»; que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Von Hannover* «no impide que se informe sobre hechos de actualidad»; que la noticia aparece «suficientemente contrastada» y había sido «divulgada hasta la saciedad»; que no era procedente la publicación de la sentencia en otros medios, sino solo en el mismo en que se produjo la supuesta intromisión; que los demandantes ya habían cobrado 30.000 euros por el hecho noticioso y con

ello habían agotado su derecho; que esta recurrente «no tiene paparazzis» y «el beneficio del programa es de apenas 3.000 euros al día»; y en fin, que no se había acreditado la repercusión de la noticia ni tampoco la magnitud del daño.

Y el único motivo admitido del recurso de D.^a Mercedes se funda en infracción de la doctrina sobre la relación entre el derecho al honor y la intimidad contemplados en la LO 1/82 y el derecho a informar y opinar libremente. En su desarrollo argumental, que comienza con la cita de un buen número de sentencias de distintas Audiencias Provinciales, del Tribunal Constitucional y de esta Sala, se alega, en síntesis, que la veracidad «no se identifica con la realidad incontrovertible», aunque sí «con la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, noticias gratuitas o infundadas, o simples rumores carentes de toda constatación»; que en el caso enjuiciado «los rumores sobre infidelidades son ciertos, son *vox populi*, al margen de que tales infidelidades hayan acaecido o no»; que la información transmitida tenía interés y relevancia; que «el aspecto público no comprende solamente a quienes están investidos de tal condición, sino también a quienes resultan implicados en asuntos de relevancia pública»; que la proyección pública de los demandantes era indiscutible; que esta recurrente es únicamente presentadora y, además, negó los bulos, sin que la sentencia rzone por qué sus comentarios habrían de considerarse impositados ni por qué habría de indemnizar a los actores de forma solidaria; y en fin, que ella se comportó «como una presentadora aséptica, neutral», por lo que resulta procedente aplicar en su favor la doctrina del «reportaje neutral».

6. Razonamiento jurídico del Tribunal Supremo para desestimar los recursos de casación

Así planteados, todos los motivos a que se refiere el fundamento jurídico anterior deben ser desestimados por las siguientes razones:

1.^a) Algunas de sus alegaciones carecen manifiestamente de consistencia. Así sucede con las relativas a la aplicación por la sentencia recurrida de normas del Código Civil no vigentes, pues lo cierto es, de un lado, que los hechos

enjuiciados sucedieron en febrero de 2005 y por entonces aún estaba vigente el contenido del art. 82 del dicho Código que, entre las conductas incluidas en la causa de separación 1ª, contemplaba «la infidelidad conyugal», toda vez que el artículo de que se trata fue dejado sin contenido por el art. 1.3 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y esta Ley no entró en vigor, conforme a su disposición final 4.ª, hasta el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 9 de julio de 2005; y de otro, que el art. 68 del Código Civil incluía por entonces entre los deberes de los cónyuges el de «guardarse fidelidad» y lo sigue haciendo tras su reforma por esa misma Ley 15/2005. No mayor consistencia tiene reprochar a la sentencia recurrida el presumir que la actividad de las colaboradoras del programa estaba retribuida, pues lo cierto es que eran ellas, y no los demandantes, quienes con arreglo al por entonces apdo. 6 del art. 217 LEC gozaban de la disponibilidad y facilidad probatoria para demostrar que su colaboración era altruista o gratuita. Otro tanto cabe decir de que D.ª Belinda no atribuyera a D. Raimundo «una conducta adúltera» cuando, en realidad, su intervención en el programa estuvo dedicada por entero a contar las numerosas y prolongadas relaciones extramatrimoniales de dicho demandante; o de la alegación de haberse intentado contrastar la información entrevistando a la demandante, como si la propagación de un rumor infundado impusiera al afectado el deber de desmentirlo en vez de al informador el de no extenderlo más. Y en fin, tampoco las alegaciones de la productora recurrente sobre lo «deleznable» de que la sentencia aluda a la hija de los demandantes es mínimamente atendible, porque la emisión de los programas en horario escolar no excluye que su contenido llegue a conocimiento de los menores en los días siguientes a su emisión mediante lo que se haya podido comentar en los hogares de sus compañeros.

2.ª) Otras alegaciones son extravagantes en los motivos examinados, ya que se refieren al pronunciamiento que ordena la publicación del fallo de la sentencia o a la cuantía de la in-

demnización, y estas materias, propias del art. 9 de la LO 1/82 que no se cita como infringido en ninguno de los motivos examinados, nada tienen que ver con la cuestión de si hubo o no intromisión ilegítima, que es la que en verdad se plantea mediante la cita de determinadas normas como infringidas. En cualquier caso, que ahora la productora recurrente alegue que el beneficio del programa apenas era de 3.000 euros al día, cuando en su momento no atendió el requerimiento judicial orientado precisamente a la determinación de sus beneficios, en una conducta claramente contraria a la buena fe procesal. Y que la recurrente D.ª Mercedes reproche a la sentencia recurrida una falta de motivación acerca de su responsabilidad solidaria, cuando en la misma se cita expresamente el art. 65 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, tampoco es muestra de la buena fe procesal que imponen los arts. 11.1 LOPJ y 247 LEC.

3.ª) Mayor fundamento tienen las alegaciones sobre la notoriedad o proyección pública de los demandantes y el interés de la información concerniente a ellos, cuestiones en las que la sentencia recurrida aplica unos criterios excesivamente restringidos. Como declaró la STC 99/2002, «los denominados personajes que poseen notoriedad pública..., esto es, aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiere su figura y sus actos (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7; 112/2000, de 5 de marzo, FJ 8; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 7; STEDH caso Tammen, de 6 de febrero de 2001)». Por su parte la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2009 (rec. 1786/06) explica que la proyección pública de una persona se reconoce por razones diversas, entre las que pueden encontrarse la profesión o la relación social. En cuanto al interés de la información, la sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 2008 (rec. 1669/03) ya declaró,

y luego lo reiteraron las de 9 y 12 de junio de 2009 (rec. 2292/05 y 2451/05 respectivamente), que no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural, pues «también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o entretenimiento», lo que, por otra parte, se corresponde con el hecho notorio de que dentro del ámbito de la información siempre ha existido, como género perfectamente identificable, la llamada «crónica de sociedad». Finalmente, también se guía por criterios demasiado estrechos la sentencia recurrida al compartir la motivación de la sentencia de primera instancia sobre la sexualidad como «terreno ajeno a los terceros», pues si ciertamente esto es así en términos generales, no lo es en términos absolutos, al menos hasta el extremo de considerar ilegítima, por ejemplo, la información veraz sobre determinados comportamientos sexuales de gobernantes, altos mandatarios o aspirantes a serlo que sí puede resultar de interés general en cuanto sea reveladora de su auténtica personalidad o de contradicciones entre lo que predica en público y su comportamiento privado.

4.^a) Sin embargo, admitiendo que los demandantes eran personas de proyección pública y gozaban de notoriedad por sus respectivas profesiones de matador de toros y actriz y presentadora, y admitiendo también que por ello la información sobre su vida privada podría ser legítima dentro del género de la «crónica de sociedad», no por ello debe concluirse que la sentencia recurrida infrinja el art. 20 de la Constitución en relación con su art. 18 y con los arts. 7.7 y 2.1 de la LO 1/82 ni la doctrina del Tribunal Constitucional o la jurisprudencia de esta Sala. Antes al contrario, el hecho de que los demandantes fuesen protagonistas del reportaje de una revista del género sobre su boda, o de diversas informaciones en otros medios del mismo género, no excluye la ilegitimidad de convertir en noticia, y además dentro de un programa de una de las cadenas televisivas comerciales de mayor audiencia, los rumores sobre las continuas infidelidades del esposo demandante, dotándolos de verosimilitud mediante la aportación de datos muy precisos sobre las mujeres con las que habría mantenido relaciones extramatrimonia-

les, que fue lo verdaderamente sucedido a tenor de los hechos probados. La jurisprudencia viene declarando, desde sentencias como la de 23 de julio de 1990, que la información no veraz sobre infidelidades conyugales puede dañar el honor no solo del cónyuge a quien se atribuye la infidelidad sino también el del cónyuge que la estaría soportando, pues del primero se predica un comportamiento indebido y al segundo se le atribuye una situación socialmente considerada en general como humillante o digna de lástima, lesionándose así la dignidad de las personas afectadas o atentando contra su propia estimación, como prevé el art. 7.7 de la LO 1/82, y así se desprende también de la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2003 (rec. 2882/97). Por otra parte, como declaró la STC 99/2002 aplicando el mismo criterio que la STC 112/2000, «revelar datos de la vida íntima de una persona puede implicar un menoscabo de su honorabilidad, pues su público conocimiento puede hacerla desmerecer en la consideración ajena». De ahí que la sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2008 (rec. 2216/02) apreciara intromisión en el honor por la difusión de meros rumores sobre la infidelidad conyugal del demandante, apreciando que en el caso no se había dado la noticia de un rumor sino «la presentación del rumor como una noticia o, si se quiere, una confirmación del rumor atribuyéndole certidumbre»; y de ahí que las sentencias de 26 de febrero y 17 de junio de 2009, siendo dos las de esta última fecha (recs. 958/06, 558/05 y 2185/06 respectivamente), apreciaran en la información sobre la infidelidad conyugal de otro matador de toros una doble intromisión ilegítima, en el honor y en la intimidad personal y familiar. Por último, también debe señalarse que según la STC 51/1997 la libertad de información no ampara la presentación de rumores como noticias, y que según la STC 21/2000 el informador no puede ampararse en la procedencia de la noticia de «fuentes indeterminadas».

5.^a) Pues bien, si el juicio de ponderación del tribunal sentenciador sobre el conflicto entre derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, de un lado, y derechos a la libertad de opinión e información, de otro, se examina a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y

la jurisprudencia de esta Sala más pertinentes al caso enjuiciado, la conclusión no puede ser otra que su adecuación, con la única salvedad de los argumentos ya indicados, a dicha doctrina y jurisprudencia, porque el contenido de los programas enjuiciados consistió en propagar rumores preexistentes convirtiéndolos en noticias mediante la aportación de datos muy concretos que los dotaban de verosimilitud y porque la notoriedad y proyección pública de los demandantes no justificaba semejantes intromisiones por el simple hecho de que hubieran sido protagonistas de reportajes de crónica social pero de muy distinto signo o contenido, pues difícilmente cabe mantener que quien autoriza la publicación de un reportaje sobre su boda, incluso obteniendo un beneficio económico, quede ya obligado de por vida a soportar cualquier información sobre su vida privada, por denigrante e inveraz que sea.

6.ª) Las alegaciones de la productora recurrente relativas a la posición neutral de la presentadora del programa, a no tener paparazzi o a que la «noticia» había sido suficientemente contrastada y «divulgada hasta la saciedad» son inconsistentes, pues ninguno de los recursos mantiene que los hechos relatados fueran ciertos; en cambio su presentación en una cadena televisiva de amplia audiencia los convirtió en noticia; las intervenciones de las colaboradoras del programa no fueron espontáneas, como por sí solos demuestran los títulos sobreimpresos; la presentadora introdujo la información ilegítima; y en fin, el hecho de que la productora tenga o no tenga reporteros gráficos propios es en sí mismo irrelevante, pues la adquisición del material gráfico a un reportero independiente o autónomo no exime a la productora de responsabilidad por su difusión.

7.ª) Finalmente, tampoco son acogibles los argumentos del recurso de D.ª Mercedes sobre su posición neutral de mera presentadora. Si ya el propio título de «El programa de Mercedes» desmiente por sí solo esta alegación, indicando claramente un control por su parte sobre los contenidos del programa al tiempo que su propia fama y renombre en el ámbito de los programas del género, no cabe calificar de mera presentadora, equiparándola por ejemplo

al presentador de informativos que se limita a transmitir una información elaborada al detalle previamente, a quien, como esta recurrente, no solo era accionista y consejera delegada de la compañía productora sino que, además, asumía funciones propias de los denominados «conductores» de programas, responsables en definitiva, o al menos corresponsables junto con el director que no aparece en pantalla, de lo que suceda en el plató. De aquí que tampoco su actuación pueda ser calificada de neutral a los efectos de quedar amparada por la doctrina o teoría del reportaje neutral, pues la experiencia en general enseña que los programas como el enjuiciado responden a un guión, algo que en el caso litigioso queda corroborado por los títulos sobreimpresos, y el hecho de que ese guión asignara un determinado papel a la hoy recurrente, a modo de defensora de los personajes afectados frente a la agresividad de las colaboradoras del programa, no excluye que estuviera al tanto de lo que dichas colaboradoras iban a decir, como por demás se desprende de los hechos probados en la parte que relatan el modo en que precisamente esta recurrente introdujo la información ilegítima en los dos programas.

El motivo tercero y último del recurso de D.ª Belinda y el motivo segundo y último del recurso de Cuarzo Producciones S.L., únicos pendientes ya de analizar, impugnan la cuantía de las indemnizaciones alegando, en aquel recurso, infracción del art. 18 de la Constitución en relación con el art. 9.3 de la LO 1/82 y, en el de la productora, violación de la jurisprudencia por no haberse tenido en cuenta «el beneficio generado por la supuesta intromisión».

Ambos motivos se desestiman por ser jurisprudencia de esta Sala que el control en casación de la aplicación de dicho art. 9 y de la cuantía de la indemnización se limita al caso de que las pautas establecidas en él para la valoración del daño no se hayan tenido en cuenta (SSTS 27-3-98, 21-10-03, 20-10-08 y 17-6-09, entre otras), no siendo conforme a la buena fe procesal, como se ha razonado ya, que ahora invoque el escaso beneficio generado por el programa la propia parte que en su día ocultó al juez el importe de dicho beneficio, ni tampoco creíble en sí misma la alegación de la propia parte sobre «la poca

difusión del programa». En cuanto al alegato de la recurrente D.^a Belinda, parece centrarse en la desproporción de la indemnización que se le impone en comparación con la impuesta a la colaboradora del otro programa, no recurrente; pero resulta que la diferencia aparece motivada en la sentencia recurrida por la mayor intensidad de la segunda intromisión, y esta mayor intensidad resulta indiscutible, como también lo es que esta recurrente debe responder de lo que diga aunque

no sea ella, como alega, quien determine el contenido del programa.

En definitiva, como los demás argumentos de los motivos aquí examinados no son sino reiteración de otros ya rechazados en el fundamento jurídico precedente, la conclusión no puede ser otra que su desestimación por no pretender más que discutir las cuantías de unas indemnizaciones que nada tienen de arbitrarias ni desproporcionadas.

SUCESIONES

La sustitución, tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido —hijo menor o incapaz— y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de abril de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Patricia, D. Álvaro, D.^a María Esther, D. Demetrio, D.^a Covadonga, D. Guillermo, D.^a Leocadia, D. Marino, D.^a Santiago, D.^a Angelina D.^a Esmeralda, D. Virgilio y D.^a Modesta interpusieron demanda de juicio ordinario contra D. Agapito, D.^a Dulce, D.^a María Rosa, D. Clemente, D.^a Sagrario y D.^a Ascensión solicitando que se dictara sentencia por la que se declare 1.º Herederos *ab intestato* de D. Segismundo a mis representados y a los codemandados, como herederos en cuarto grado colateral, además de todos aquellos que acrediten dicha condición. 2.º Que el haber hereditario de Segismundo está constituido por 5/6 partes del metálico existente a fecha 19 de agosto del 2000, en las cuentas abiertas en la Caja de Ahorros de Asturias, sucursal de Turón, n.º (...) y (...) respectivamente, más 2/3 del valor de la casa sita en Cortina, Figaredo, Mieres, a la misma fecha 19 de agosto del 2000, señalada como finca registral n.º (...) tomo (...), libro (...) del Registro de la Propiedad de Mieres. 3.º Se proceda a la partición de la herencia conforme las peticiones anteriores, condenado a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.

D.^a Dulce, D.^a María Rosa y D. Clemente y D. Agapito contestaron a la demanda y solicitaron su desestimación.

Se declaró en rebeldía a D.^a Sagrario y D.^a Ascensión por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mieres dictó sentencia el 25 de julio de 2006 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Oviedo dictó sentencia el 23 de abril de 2007 estimando el parte el recurso revocando únicamente el pronunciamiento sobre las costas que se contenía en la sentencia de primera instancia, acordando en su lugar la no imposición.

D.^a Patricia, D. Álvaro, D.^a María Esther, D. Demetrio, D.^a Covadonga, D. Guillermo, D.^a Leocadia, D. Marino, D.^a Santiago, D.^a Angelina D.^a Esmeralda, D. Virgilio y D.^a Modesta interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Impugnan los recurrentes el contenido de la sustitución ejemplar, que había impuesto D.^a Berta en su testamento de 7 de junio de 1994 en estos términos literales: «De conformidad a lo dispuesto en el artículo 776 del Código civil sustituye ejemplarmente a su hijo Segismundo por sus primos D. Clemente, D. Agapito, D.^a Dulce y D.^a María Rosa sustituyéndolos vulgarmente, en los casos prevenidos por el Código civil, por los descendientes que dejaren y si alguno falleciese sin sucesión acrecerá su porción a los supervivientes».

Se mantiene que ésta se limita a los bienes que la sustituyente D.^a Berta haya transmitido al sustituido D. Segismundo, únicos que reciben los sustitutos, los demandados. Es la teoría restringida que se había mantenido antaño y que una sola sentencia (que, como única, no forma jurisprudencia) la ha mantenido, de 20 de marzo de 1967.

No es así. La sustitución tanto pupilar como ejemplar comprende el patrimonio entero de sustituido —hijo menor o incapaz— y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 que dice: «Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél...».

La anterior sentencia plantea directamente la cuestión del contenido y se pronuncia a favor

del amplio, que comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz. Lo que es reiterado por la sentencia de 7 de noviembre de 2008 que plantea el problema en estos términos: «El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz».

Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26 de mayo de 1997, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a éste, no al sustituyente.

La sentencia de 20 de mayo de 1972 dice explícitamente que la sustitución, tanto pupilar como ejemplar, constituye una excepción al artículo 670 del Código civil que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941.

Así, los herederos sustitutos heredan todos los bienes del causante, incapacitado, D. Segismundo, porque son sus herederos, no son herederos de D.^a Berta (abstracción hecha de la sustitución fideicomisaria de residuo). Ésta otorgó testamento en lugar de su hijo D. Segismundo, incapacitado, exactamente como prevé y lo menciona en su testamento, el artículo 776 del Código civil.

Reiterando esta concepción amplia del contenido de la sustitución ejemplar, debe ser rechazado este motivo del recurso de casación.

El motivo segundo del recurso de casación considera infringido el artículo 759 del Código civil, basándose en que los herederos sustitutos —demandados— no cumplieron la condición que les había impuesto la testadora en estos términos: «... condicionando la institución a que los herederos nombrados auxilién a su hijo y le presten servicios asistenciales y de alimentos durante toda su vida, y si alguno no lo hiciere acrecerá su parte a los demás».

En el desarrollo del motivo se mantiene que aquellos herederos sustitutos no cumplieron la condición, ni tampoco probaron que se había cumplido. Lo cual es contrario a lo que las sentencias de instancia declaran probado. La sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial, después de razonarlo con detalle, concluye, literalmente: «En este sentido, la prueba obrante en autos y a la que se hizo referencia por la Sra. Juez demuestra que así fue, sin que en ningún modo D. Segismundo se viese desamparado por dichos familiares, llegando incluso en determinados momentos álgidos a pernoctar con él, habiendo además D. Clemente, por entonces su

tutor por designación testamentaria, cumplido escrupulosamente sus obligaciones».

El discutir esta cuestión no es otra cosa que pretender llevar a la casación a una tercera instancia, lo que no es así y no se trata de una valoración de la prueba sino que la mención de la misma es el control de la correcta y adecuada aplicación del ordenamiento jurídico a la cuestión fáctica, incuestionable en casación: así, sentencias de 15 de junio de 2009, 30 de septiembre de 2009, 25 de junio de 2010.

En el presente caso, en este motivo se pretende hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos que no sólo no se han probado, sino que se han probado los contrarios, como dicen las sentencias de 2 de julio de 2009, 20 de noviembre de 2009, 13 de octubre de 2010, lo que llevan a la desestimación del motivo y, con la desestimación también del anterior, procede rechazar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Validez del contrato de cesión de herencia llevado a efecto tras la muerte del causante y antes de ser declarada heredera.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de abril de 2011

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D.^a Adelina había sido la heredera del conocido pintor D. Raúl en virtud de testamento ológrafo otorgado por éste y en fecha 14 de marzo de 1980, estando internada en una clínica de salud mental, otorgó a su vez testamento abierto a favor de una fundación (fundación Raúl) y en fecha 24 de noviembre de 1984 falleció.

En fecha 31 de julio de 1985, la que se consideraba única heredera intestada de la anterior, D.^a Milagrosa, celebró un negocio jurídico en documento privado con D.^a Emilia, D.^a María Inés, D.^a Julia, D.^a Delia, D. Baltasar y D. Marcos cuyo supuesto, literalmente, decía: «Que estando interesadas las partes en impugnar el testamento de D.^a Adelina, por considerarlo nulo de pleno derecho por haber sido realizado en estado de incapacidad mental, y debiendo proceder a realizar de forma previa gastos cuyo importe no posee D.^a Milagrosa, por medio del presente documento, proceden a realizar los siguientes...». Y su

contenido básico, que era aceptado por los demás otorgantes, como cesión de derechos hereditarios, era del siguiente tenor literal: «Doña Milagrosa acepta distribuir la herencia que se consiga o pueda conseguirse de D.^a Adelina y relativa a su hermano D. Raúl entre D.^a Emilia, D. José Francisco, D.^a María Inés, D.^a Julia, D.^a Delia, D. Marcos y D. Baltasar».

El testamento otorgado por D.^a Adelina fue declarado nulo según sentencia de 19 de septiembre de 1998, y D.^a Milagrosa fue declarada heredera universal de la anterior en virtud de auto de declaración de herederos *ab intestato* de 27 de marzo de 2000.

D. José Francisco interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra D.^a Milagrosa, D.^a Emilia, D.^a María Inés, D.^a Julia, D.^a Delia, D. Baltasar y D. Marcos, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare la validez del contrato de cesión compeliendo a los demandados a elevarlo a público y en caso de no efectuarlo se proceda a su elevación por el Juzgado, así como al pago de las costas.

D.^a Milagrosa contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando demanda reconvenzional contra D. José Francisco, D.^a Emilia, D.^a María Inés, D.^a Julia, D.^a Delia, D. Baltasar y D. Marcos terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, 1. Se declare la nulidad radical, por contrario a la Ley por razón de la materia del contrato de cesión de herencia futura celebrado entre la demandante y los demandados el 31 de julio de 1985. 2. Subsidiariamente se declare la inexistencia por falta de determinación del objeto referido al contrato de fecha 31 de julio de 1985. 3. De forma subsidiaria se declare la nulidad del referido contrato por falta de consentimiento viciado de dolo y error o por inexistencia o ilicitud de la causa. 4. Subsidiariamente se declare la resolución del contrato por incumplimiento de los demandados. 5. Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a las consecuencias inherentes declarando que los demandados no tienen ningún derecho a la herencia de D. Adelina y que la misma corresponde en exclusiva a D.^a Milagrosa. Así como al pago de las costas.

D.^a María Inés, D.^a Emilia y D. Baltasar presentaron escrito por el que se allanaban a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 70 de Madrid dictó sentencia el 22 de septiembre de 2004 estimando la demanda, y declarando la validez del contrato de cesión suscrito entre las partes el 31 de julio de 1985 debiendo los demandados elevarlo a público y en caso de no efectuarlo se proceda a su elevación por el Juzgado. Se desestimó la demanda reconvenzional.

En grado de apelación, la Sec. 12.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 7 de marzo de 2007 desestimando el recurso interpuesto por D. Marcos, D.^a Delia y D.^a Julia.

D. Marcos, D.^a Delia y D.^a Julia interpusieron recursos por infracción procesal y de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del recurso de casación se reduce a la cuestión jurídica de la validez de aquel negocio jurídico en que D.^a Milagrosa hace cesión parcial de su derecho a la herencia, cuando había

fallecido la causante D.^a Adelina y ella todavía no había sido declarada heredera hasta más tarde, tras haberse anulado el testamento de esta última.

El negocio jurídico a que se ha hecho referencia y que a lo largo de la instancia se ha denominado «cesión de herencia» debe quedar calificado como la cesión del derecho a la herencia, comprendido en el número 1.º del artículo 1000 del Código civil cuya naturaleza es de aceptación de herencia y simultánea transmisión total o parcial a tercero. La norma dice: Entiéndese aceptada la herencia: 1.º Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño... Fallecido el causante y, por tanto, producida la apertura de la sucesión, el llamado a la herencia (delación) tiene el derecho a aceptarla o repudiarla; este derecho —*ius delationis*— no es transmisible (salvo el caso del artículo 1006 del Código civil), pero sí es objeto de transmisión del derecho del heredero sobre la herencia, una vez aceptada y éste es el caso de la norma que ha sido transcrita, que es consecuencia de la imposibilidad de tráfico del *ius adeundi* y que, por el contrario, el cedente, por el hecho de ceder, acepta la herencia (así lo consideró la sentencia de 7 de abril de 1953, en que los hijos, herederos de su padre, cedieron su herencia a la madre) que transmite total o parcialmente a tercero.

En el caso de autos, D.^a Milagrosa era conocedora de que era única heredera de D.^a Adelina, ya fallecida (abierta la sucesión) lo que quedó confirmado con la declaración de nulidad del testamento por sentencia de 1998 que había otorgado ésta y por la declaración de herederos, del año 2000. Ambos actos judiciales no fueron constitutivos de su derecho a la herencia, sino declarativos de la certeza de tal derecho (así, artículo 991 del Código civil) que es retroactiva al momento de la muerte de la causante (como disponen los artículos 657 y 661 del Código civil).

Por tanto, el negocio jurídico de 31 de julio de 1985 es válido. La heredera, D.^a Milagrosa, de D.^a Adelina, tal como fue declarada más tarde, pero que ya era llamada como tal, con delación, en aquella fecha, como así fue declarado, aceptó la herencia y la cedió parcialmente («... acepta distribuir la herencia...») a otras

personas. La objeción de que dispuso de una herencia futura, prohibida por el artículo 1271, segundo párrafo, del Código civil no es aceptable, porque el concepto de herencia futura viene referido a aquella en que no se ha producido la muerte del causante, que constituye la apertura de la sucesión: la herencia, una vez abierta, deja de ser futura y es disponible, como enajenación de la herencia o como el caso presente del artículo 1000 del Código civil.

El recurso de casación contiene seis motivos, todos los cuales giran sobre la misma cuestión que ha sido analizada, cual es la validez de aquel negocio jurídico de 31 de julio de 1985. No hay que olvidar que se desestimó en la instancia la demanda reconventional que pretendía la declaración de nulidad del mismo (y se estimó la demanda, declarando su validez), por lo cual todos los motivos de casación combaten esta resolución negativa (y la positiva de validez, claro está) desde distintos puntos de vista.

El motivo primero de este recurso alega infracción del artículo 1280.4.º en relación con el artículo 1279 del Código civil. En el desarrollo del motivo, de larga extensión, se hace constante referencia a la validez de aquel negocio jurídico y apenas se refiere a estos artículos. Ambos son base de la demanda formulada en que la pretensión se centraba en la validez del negocio y elevación a documento público del escrito. Por tanto, es preciso entrar en ambos extremos. La validez viene expuesta en fundamento anterior y, a la vista de las múltiples alegaciones de este primer motivo de casación, conviene recordar (y así se dice en el recurso) que en el ordenamiento español no se pone en duda que se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia, por lo que, producida la muerte del causante (apertura de la sucesión) y tras las llamadas vocación (expectativa jurídica) y delación (derecho subjetivo, *ius delationis*) la adquisición de la herencia se produce por la aceptación, pero ésta tiene efecto retroactivo al momento de la muerte del causante (artículos 657 y 661 del Código civil).

En el caso presente, D.^a Milagrosa aceptó la herencia por mor del artículo 1000, número 1.º, del Código civil aunque se tramitara la impugnación del testamento de la causante y su declaración de herederos, pero aquella aceptación era

válida y fue retroactiva al momento de la muerte de la causante.

Se menciona en el recurso la situación de herencia yacente. Esta sólo lo estuvo en el tiempo que media entre la apertura de la sucesión y tal aceptación tácita por la cesión de la herencia. Herencia yacente es la situación en que se encuentra la herencia desde la apertura de la sucesión hasta la adquisición por la aceptación y en el caso presente, ésta tuvo lugar exactamente el 31 de julio de 1985, fecha de la cesión que contempla como aceptación el artículo 1000.1.º del Código civil. La situación de yacencia hereditaria no equivale a herencia vacante, nos recuerda la sentencia de 11 de abril de 2000.

Partiendo de los conceptos anteriores, no se alcanza a comprender la posible infracción de los artículos que se citan en este motivo del recurso. La cesión de todo o parte de la herencia es negocio jurídico que no precisa de forma *ad solemnitatem*, como elemento esencial. El artículo 1280.4.º del Código civil impone que deberá constar en documento público pero al ponerse en relación esta norma con la del artículo 1279 aquella exigencia no significa otra cosa que la facultad de las partes de compelerse recíprocamente a llenar aquella forma y eso es lo planteado en este proceso y resuelto adecuadamente por las sentencias de instancia. Y, en todo caso, es una forma *ad probationem*, no esencial para el negocio jurídico.

El segundo de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 1271 del Código civil en relación con una multitud de normas, lo que está fuera de lugar en casación que exige, por su propia función, la concreción de la norma infringida y no la de tal serie de ellas que no puede llegarse a saber dónde se halla la infracción. En el desarrollo del motivo queda claro que acusa a la sentencia de instancia de haber quebrantado la prohibición en nuestro Derecho de los pactos sobre herencia futura.

Lo cual es cierto y no admite duda tal prohibición, pero no es éste el caso de autos. Como primera aseveración hay que recordar que una herencia deja de ser futura cuando se ha producido la muerte del causante; habrá otras cuestiones, pero no es futura. El discutido negocio jurídico de 31 de julio de 1985 es cesión del derecho

a la herencia. No admitiéndose la transmisión del *ius delationis*, pero sí la disposición de la herencia una vez adquirida, no futura, el acto de ceder implica aceptación, por más que medien procesos, como la declaración de nulidad de un testamento que de no haber sido declarado nulo, no hubiera sido posible aquella aceptación. Y lo mismo cabe decir de los presupuestos objetivo y subjetivo que exige el artículo 991 (que se cita en el recurso) de la certeza de la apertura de la sucesión y del derecho a herencia. Por más que fuera posterior en el tiempo, quedaron acreditados cuando se declaró la nulidad de un testamento y el carácter de heredera en doña Milagrosa, siendo válida aquella cesión como aceptación, con efecto retroactivo a la muerte de la causante, sin que pueda hablarse de herencia futura.

El resto de los motivos de este recurso de casación carecen de enjundia y casi de sentido. Se insiste en las ideas que han sido rechazadas, se alegan cuestiones nuevas o se va a cuestiones que no tienen aplicación. Deben, por ello, ser rechazados.

El motivo tercero alega la infracción de los artículos 1115 y 1256 del Código civil. Esta segunda norma es de tal generalidad que no constituye motivo de casación, refleja el principio de la *necessitas*, esencia de la obligación y así lo han expresado, la imposibilidad de fundar un motivo de casación en preceptos genéricos, las sentencias de 22 de enero de 2010, 12 de mayo de 2010, 3 de noviembre de 2010. Y aquella primera norma alude a la condición, lo que no se acepta en el negocio jurídico de 31 de junio de 1985 que no es un contrato condicional sino un supuesto de aceptación tácita de la herencia, un acto de disposición de la misma. Así, no aparece infracción de tales artículos y en el desarrollo del motivo se vuelve al tema de la herencia futura y a la confusión de la calificación del negocio jurídico.

El motivo cuarto alega la infracción del artículo 1274 del Código civil en relación con una serie heterogénea de normas improcedente en un recurso de casación. Además de haber sido calificado por la sentencia recurrida como cuestión nueva, lo que es también inadmisibles en casación, la cita de aquella norma no procede en un caso de aceptación tácita de herencia, como

tampoco procede la calificación que pretende hacer en este motivo, *emptio spei*, ni mucho menos la de donación, y, otra vez, de cosa futura.

El motivo quinto se rechaza porque simplemente hace supuesto de la cuestión. Se alega la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código civil relativos al error y con ello no se hace otra cosa que supuesto de la cuestión, proscrito en casación, como dicen, entre otras muchas anteriores, las sentencias de 2 de julio de 2009, 5 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009, 13 de octubre de 2010 que lo conceptúan como el partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la sentencia de instancia; lo

que conduce también a la pretensión de llevar la casación a una tercera instancia, como dicen las sentencias de 15 de junio de 2009, 30 de septiembre de 2009, 25 de junio de 2010.

El motivo anterior se rechaza por lo expuesto. Casi lo mismo podría decirse del siguiente, el sexto, que alega variados y hasta contradictorios artículos 1100, 1101, 1124, 1258 del Código civil, pero entra en la cuestión fáctica, ajena a la casación y, lo que es inadmisibile, discute la valoración de la prueba, lo que si estuviera previsto (que no lo está, salvo casos excepcionales que atentan a la tutela judicial efectiva) sería objeto del recurso por infracción procesal, pero nunca del de casación.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

No puede establecerse la custodia compartida cuando la conflictividad entre los progenitores es muy alta, dicho régimen ha sido desaconsejado por el equipo técnico y no es beneficioso para los hijos alterar el *status quo* familiar, que se ha revelado adecuado para el correcto desarrollo de la personalidad de los menores.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 16 de junio de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Eugènia Alegret Burgués

Como argumento, se aduce en el recurso que la Sentencia no respeta el principio de igualdad entre los progenitores y las ventajas ineludibles que conlleva este sistema para los menores conforme a reiterada doctrina de esta Sala.

Sin embargo, si analizamos la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al respecto, comprobaremos que el único principio que hemos declarado preponderante en estos casos es el *favor filii*, de modo que, como indica la STSJC de 8 de marzo de 2010, con cita de otras anteriores (así la de 31-7-2008, 25-6-2010 o 3-3-2010 : «... es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente».

Declaramos en la STSJC 9/2010, de 3 de marzo, «... que el interés del menor, por tratarse

de un concepto indeterminado y no establecer nuestra legislación pautas uniformes y generales —no se encuentra entre aquéllas de derecho comparado que ofrecen lista de criterios referenciales para su identificación— habrá de valorarse en cada caso sobre la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón».

También hemos dicho que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de grave conflictividad entre los progenitores, (SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 24/2009, de 25 de junio), sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener

consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores».

En dicho sentido, aun cuando la custodia conjunta por ambos progenitores puede presentar indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la crisis matrimonial, no puede afirmarse que constituya una solución única que valga para todos y en todo caso, ni tampoco puede afirmarse, como hemos señalado precedentemente, que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, lo que habrá de tener un examen específico en cada caso. Tampoco el legislador posterior ha instaurado la guarda y custodia compartida como sistema preferente en materia de guarda y custodia.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de STS 7-4-2011 (ponente E. Roca) incide en la importancia de los dictámenes periciales o técnicos si existen en autos, aunque no sean vinculantes.

«En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009».

Pues bien, aplicando el anterior contexto doctrinal al caso debatido, la resolución de la Audiencia, que confirmó la del Juzgado en orden a este extremo, al no resultar arbitraria ni ilógica en sus razonamientos no permite modificar ni la guardia y custodia de los menores, atribuida desde el primer momento a la madre, ni el régimen de visitas existente, que se estima suficiente para mantener el grado de relación necesario de los menores con el padre. No es beneficioso, en suma, alterar el *status quo* familiar que se ha revelado adecuado para el correcto desarrollo de la personalidad de los menores.

El régimen de guardia y custodia compartida ha sido desaconsejado por los peritos del Juzgado, resultando inconveniente en este momento en que la conflictividad entre los padres

todavía es muy alta, como lo prueba la existencia, puesta de relieve en el escrito de demanda, de algún juicio de faltas entre ellos.

En este punto cabe recordar la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la STS 28 septiembre 2009 conforme a la cual «... Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo), que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional...». Y reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa» (STS 17 julio 1995), así como que «el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en esta materia (la privación de la patria potestad), tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto de recurso de casación».

Como hemos declarado en el Auto TSJC de 27-9-2010, no puede entenderse vulnerada la jurisprudencia de esta Sala, aun cuando se den en el caso algunos de los criterios que hemos tenido en consideración (referidos, por ejemplo, a la edad de los hijos, horario laboral, proximidad de lugar de residencia, disponibilidad por éstos, tiempo libre o de vacaciones, opinión de los menores, práctica anterior, número de hijos, cumplimiento de los deberes por los padres, los acuerdos entre los progenitores, el resultado de los informes periciales o cualesquiera otros que permita a los menores una vida adecuada de convivencia) puesto que la Audiencia Provincial no viene obligada a examinar todos ellos como si se

tratase de un listado de supuestos taxativos y de forzosa y legal observancia, sino que atendido a uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes.

No cabe olvidar que las decisiones en esta materia no producen efecto de cosa juzgada

material de modo que, si se modificasen las circunstancias ahora tenidas en cuenta y el cónyuge custodio menoscabase el derecho de los hijos a relacionarse con el otro con plena normalidad y sin prejuicios, siempre cabría interesar un cambio de la situación actual.

Todo ello abona el rechazo del recurso de casación, también en este punto.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Estimándose el recurso extraordinario por infracción procesal se considera que la Audiencia ha efectuado una errónea valoración de la prueba al no tener en cuenta que la ex esposa percibía una pensión asistencial y que había dejado la vivienda en alquiler y comprado un inmueble en unión de su hija, siendo la cuota hipotecaria mucho menor que la renta que venía pagando. Valorando correctamente la prueba, se acuerda reducir la cuantía de la pensión compensatoria.

TSJ Cataluña, Sentencia de 29 de junio de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Suerte distinta debe correr el motivo concerniente a la errónea valoración de la prueba practicada en las actuaciones, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que genera indefensión al recurrente, pues, aunque el cauce elegido por su dirección letrada —art. 469.1.2.º LEC— para impugnar los medios probatorios referentes a los ingresos y gastos de la demandada no es realmente el idóneo, pues este motivo de infracción procesal ampara las infracciones de las normas reguladoras de la sentencia desarrolladas en los artículos 216 a 222 LEC y la revisión de las cuestiones relativas a la carga de la prueba que no es el caso de autos, y, en cambio, todos aquellos temas relativos al error patente o notorio y a la interpretación ilógica o irrazonable de los diferentes medios de prueba legalmente previstos, que causen indefensión, pueden encontrar una vía adecuada en el artículo 469.1.4.º LEC, al considerarse como un motivo posible dentro de la vulneración de los derechos fundamentales del art. 24 CE (Acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Prime-

ra del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006), que ha sido recogido por este TSJC en constantes resoluciones —SSTSJC 29/2005, de 30 de junio; 19/2006, de 25 de mayo; 34/2007, de 22 noviembre; 22/2008, de 9 de junio; 17/2009, de 30 de abril; 9/2010, de 3 de marzo; 27/2010, de 19 de julio, etc.—, en las que ya se indicó que, en aras a la aplicación del principio de tutela judicial efectiva, debe procederse al examen de la prueba practicada en supuestos análogos al aquí enjuiciado. Asimismo son de destacar las sentencias del TS, Sala 1.ª, de 28 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009, que expresan: «que los medios de prueba y en concreto la documental, únicamente cabe someterla al examen del tribunal de casación, al amparo del artículo 469.2 LEC, cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE». Finalmente es de añadir, que en idéntico sentido, se pronuncia también la reciente sentencia del TS de 10 de marzo de 2010, cuando sostiene que: «de acuerdo con la jurisprudencia

de esta Sala (1.^a), partiendo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva concebido como «el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad e irracionalidad de los poderes públicos» (STS de 12 mayo 2009 y las sentencias citadas en el FJ cuarto), ha considerado que la existencia de un error, «que no soporta el canon de racionalidad impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva» obliga a examinar la decisión de la sala de instancia. Por ello, al alegar el recurrente directamente la infracción del art. 24 CE, se puede superar el obstáculo formal y entrar a estudiar los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

Sentado lo anterior, será de analizar, por ende, si la sentencia recurrida ha incurrido en un error patente o notorio, y/o ha interpretado de forma ilógica e irrazonable los distintos medios de prueba practicados. Al respecto es de señalar que la doctrina jurisprudencial ha venido admitiendo el denominado error patente en la valoración de la prueba : «a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica, o se adopten criterios desorbitados o irracionales; y c) cuando se efectúen apreciaciones contrarias a las reglas de la común experiencia» (SSTSJC, entre otras, de 6 de noviembre de 2008, de 6 de julio de 2009 y 3 de marzo y 20 de diciembre de 2010). Además, el error patente debe afectar a aspectos de carácter fáctico, o lo que es lo mismo, a «datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada» (STC 58/1998 de 30 de marzo). Asimismo es de sentar que conforme a lo explicitado en la sentencia de este TSJC 34/2007, de 22 de noviembre: «para que el error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurran varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (“ratio decidendi”), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba. Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea

atribuible al órgano judicial; es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental (art. 44.1.b LOTC). En tercer lugar, el error ha de ser inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000 de 10 abr., 55/2001 de 26 feb. y 177/2001 de 17 sep.)».

Dicho esto, cabe estimar que la argumentación de la resolución recurrida incide en el vicio de «manifiesta irrazonabilidad», el cual se produce cuando se parte de premisas inexistentes o manifiestamente erróneas o se sigue un desarrollo argumental que incurre en quebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas (SSTC, entre otras, 20/2004, 23 de febrero; 228/2005, 12 de septiembre; 215/2006, 3 de julio; 11/2008, 21 de enero).

Al respecto es de señalar, acudiendo al caso concreto de autos, que, de una parte, la Sala de apelación, tras haber admitido en segunda instancia la prueba documental interesada por el hoy recurrente sobre un hecho realmente trascendente para la decisión de la cuestión controvertida, cual es si la demanda percibía ingresos, en qué cuantía y desde cuándo —pensión SOVI—, a los efectos de la determinación de la existencia o no de alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la fijación de la pensión compensatoria a su favor, luego, en la sentencia impugnada, no sólo no hace mención del resultado de la documentación recibida, sino que ni siquiera hace una valoración de tal medio probatorio, remitiéndose a tal fin a la sentencia de primera instancia, y, de otra, que si bien el órgano jurisdiccional *ad quem* recoge y razona en su resolución el hecho probado de la compra de una vivienda por parte de la demandada en la localidad de Reus, en copropiedad con su hija, del mismo extrae

una deducción totalmente desacertada e ilógica, pues sólo manifiesta que con dicha adquisición «se ha liberado del pago del arrendamiento que debía abonar para mantener el uso y disfrute del que en su día fue la vivienda conyugal», pero no tiene en cuenta el gasto real mensual que el cambio de situación le ha representado, al haber pasado de abonar un alquiler harto elevado, a satisfacer una hipoteca de importe incluso inferior a la mitad de aquél, aun teniendo en cuenta que en ambos casos el 50% del gasto debe computarse también a la hija, dado que ésta, tanto entonces, como ahora, convive y colabora económicamente al mantenimiento del hogar familiar, con la gran diferencia, además, que la Sra. Elisabeth ha dejado de ser arrendataria (ayudada en el pago del alquiler por su hija) para ser copropietaria de un piso (en que la hipoteca es abonada asimismo por madre e hija).

En consecuencia, debe concluirse afirmando que nos hallamos, efectivamente, ante un supuesto de error en la valoración de la prueba, y que el mismo es de los que, con arreglo a la referida doctrina del Tribunal Constitucional, puede considerarse patente y que causa, por tanto, indefensión al recurrente —art. 24 CE—, y en tales condiciones es perfectamente asumible revisar en casación, por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, sin que pueda considerarse aquél en casos como el que aquí nos ocupa, a diferencia de lo argumentado por la parte oponente, como una tercera instancia (STS, Sala 1.ª, 309/2005, de 29 abril), toda vez que la valoración efectuada por el Tribunal de apelación afecta a datos de la realidad que condicionan la resolución adoptada, a la vez que conculca los más elementales criterios de la lógica, pues resulta evidente que en el supuesto enjuiciado ha habido una alteración sustancial de circunstancias susceptible de modificación, por el hecho de que la demandada perceptora de la pensión compensatoria ha pasado a percibir ingresos cuando en el momento de la sentencia de divorcio no tenía o no constaba que tuviera —aparte de la pensión que recibiría del Sr. Silvio— y, asimismo, por el hecho de que en la actualidad sus gastos de vivienda son bastante inferiores a los que venía abonando por aquel entonces.

Por todo ello, procede la estimación en tal concreto particular del presente motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, lo que conlleva, en cuanto al efecto específico del divorcio relativo a la pensión compensatoria del artículo 84 del Codi de Família y a su pretendida modificación, a que deba dictarse una nueva sentencia, teniendo en cuenta para ello lo alegado como fundamento del recurso de casación (regla 7.ª de la Disposición Final 16.ª de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

RECURSO DE CASACIÓN

1. El único motivo del presente recurso de casación se basa en la realidad del cambio sustancial de circunstancias económicas en la persona de la demandada determinantes de la pretensión de supresión, limitación temporal o reducción de la pensión compensatoria fijada a su favor y a cargo de su ex marido —el hoy recurrente—, en la sentencia de divorcio dictada en su día, dimanante del convenio regulador de su separación conyugal (folios 14 y 15 en relación con los folios 11 al 13).

2. Antes de entrar en el concreto estudio de la cuestión objeto de controversia, es de señalar que el presente recurso deriva de una «demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en virtud de sentencia de divorcio de fecha 22 de febrero de 2001» en cuyo convenio regulador, procedente de la sentencia de separación, de fecha 17 de enero y 17 de febrero de 2000, respectivamente, se acordó, por lo que aquí interesa: «Tercero. El marido, Don Silvio, satisfará cada mes a la esposa, Doña Elisabeth, en concepto de pensión alimenticia y compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil, así como en los Arts. 41, 84, 85 y 86 del Código de Familia de Catalunya, la mitad de la cantidad líquida o neta que en cada momento perciba aquél como prestación de jubilación a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social... A este respecto, y sirviendo únicamente a título orientativo, se pone de manifiesto que el importe líquido o neto que percibe el marido en tal concepto actualmente, es de 241.041 Ptas., por lo que, en tal caso, el importe de la pensión correspondiente a la esposa ascenderá aproximadamente a la cantidad de 120.520 Ptas. mensuales».

Con carácter previo, ha de dejarse constancia por la Sala, frente a los argumentos esgrimidos por la parte oponente en la presente litis, que tal cláusula no puede interpretarse ni comportar que nos encontremos ante una pensión compensatoria vitalicia e inalterable y que, por tanto, sea ésta inmodificable, pues, pese a los términos por ellos pactados, en cuanto al porcentaje y tiempo de percepción de la misma, atendida la expresión: «... que en cada momento perciba aquél como prestación de jubilación...», lo cierto es que cualquier medida o efecto de la separación judicial o del divorcio establecida por la sentencia definitiva que la decreta puede ser modificada, «en atención a circunstancias sobrevingudas», acorde con lo estatuido en el artículo 80 del Codi de Família, siendo de añadir, siguiendo a una consolidada y pacífica doctrina jurisprudencial, que para que proceda acordar la modificación pretendida, la alteración de las circunstancias acaecidas —o conocidas— con posterioridad al dictado de la sentencia de separación o de divorcio ha de tratarse de «variaciones sustanciales en el sentido de que tengan una importante incidencia» sobre la situación de desequilibrio económico que en su día fue considerada para reconocer el derecho, y que deben «tratarse de hechos posteriores a los enjuiciados, y en tal sentido que las causas en que se fundamenta no hayan sido objeto de estudio y análisis en otro pleito anterior» (por todas, STSJC de 3 de julio de 2008).

3. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado ya en muy diversas ocasiones, en lo que se refiere al contenido de los preceptos reguladores de la materia que aquí nos ocupa, o sea, los artículos 84 y 86 del CF, en el sentido de que:

«La pensión compensatoria se trata de una institución que prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, a fin de equilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la nulidad, separación o divorcio, en relación con la que mantenía constante la relación matrimonial (STSJC 8/2006 de 27 feb.), si bien con una vocación inequívoca de caducidad, en

la medida en que así lo indica la fijación legal de una serie de causas que pueden producir su extinción, bien por motivos contemplados al tiempo de su constitución —fijación de un plazo— o bien por causas sobrevenidas relacionadas con su naturaleza y función reequilibradora (STSJC 47/2003 de 11 dic.).

Por lo que se refiere a las primeras, hemos reiterado *ad nauseam* que la temporalidad no es necesaria, sino facultativa, y dependerá de circunstancias de muy distinto orden que, en cada caso, puedan apreciarse por el tribunal de instancia, a quien simplemente se exige un juicio suficientemente ponderado y razonable de previsión de la superación o desaparición del desequilibrio que justificó su concesión (SSTSJC 10/2002 de 4 mar., 1/2003 de 10 feb., 12/2003 de 5 may., 1/2004 de 12 ene., 20/2004 de 21 jun., 11/2005 de 24 feb., 41/2005 de 27 oct., 1/2006 de 9 ene., 8/2006 de 27 feb., 20/2007 de 30 may. y 36/2007 de 26 nov.).

En cuanto a las segundas, y en concreto a las contenidas en el apartado a) del art. 86.1 CF, hemos dicho también —aunque ciertamente con menor frecuencia— que el juicio del tribunal de apelación que decida o no acerca de la extinción o reducción de la pensión por modificación de la situación económica del acreedor o del deudor de la pensión, o por ambas causas, sólo merecerá el necesario interés casacional cuando pueda tildarse de ilógico, irrazonable o arbitrario» (STSJC 11/2005 de 24 feb.).

«En este sentido, por lo que se refiere a la mejora de la situación económica del ex cónyuge acreedor de la pensión, de la misma manera que hemos aceptado la posibilidad de fijar *ab initio* un límite temporal cuando pueda enunciarse una previsión razonable y razonada de que se podrá superar el desequilibrio en un plazo cierto y determinado, alcanzando aquél a su culminación “un desarrollo autónomo que le permita el acceso a los medios económicos que de momento le proporciona la pensión” (SSTSJC 20/2007 de 30 may. y 36/2007 de 26 nov.), no hay tampoco ningún inconveniente en admitir que se declare *ex post* su extinción cuando, enfrentado el órgano jurisdiccional a la necesidad de resolver sobre una solicitud de modificación de la medida, advierta en dicho momento

que esa autonomía se ha alcanzado ya» (STSJC 17/2008, de 8 mayo).

«El art. 86.1.a) CF no exige que la mejora de la situación económica del cónyuge acreedor de la pensión deba provenir del ingreso de rentas periódicas por cualquier actividad laboral, profesional o mercantil, pudiendo provenir de cualquier fuente que suponga un incremento patrimonial que implique una modificación relevante de la situación de desequilibrio» (STSJC 26/2008, de 3 de julio).

«En la mesura en què el beneficiari aconseguix per si el que rep de l'altre, millora de fortuna i en la mesura que aquell empitjora de fortuna, i, per tant, s'acosta al beneficiari, la pensió ha de ser disminuïda, com expressa l'art. 84.3 C.F., idea que repeteix pel cas extrem de l'art. 86.1 del C. Família» (SSTSJC 47/2003, de 11 diciembre y 11/2005 de 24 febrero).

4. Dicho esto, es de reseñar que en el supuesto enjuiciado, tal como ya se ha referido al tratar del recurso extraordinario por infracción procesal, han acontecido y se han conjugado dos hechos verdaderamente trascendentes tras la sentencia de divorcio cuya modificación se pretende, esto es: a) la percepción por parte de la aquí recurrida de una pensión no contributiva, SOVI, respecto de la que, acudiendo para su cálculo al año 2007, que es el inmediatamente anterior al de la fecha de la presentación de la demanda objeto del presente litigio, el importe íntegro abonado es de 4.770,78 euros (folio 28 del rollo de apelación), el cual, prorrateado por 12 mensualidades, viene a representar prácticamente unos ingresos de 400 euros al mes en la fecha de la interpelación judicial, que es la que debe tomarse en consideración a los efectos de la litispendencia —art. 410 LEC—; y b) la importante reducción del gasto en concepto de vivienda, pues en la fecha del convenio de separación y divorcio, homologado por ambas sentencias judiciales de fechas 17 de febrero de 2000 y 22 de febrero de 2001 (folios 9 al 15 de los autos), la Sra. Elisabeth abonaba por el alquiler del piso que fue sede del hogar conyugal —ayudada por la hija que convivía con ella—, la suma de 125.000 Pts. mensuales, o sea, el equivalente a 750 euros al mes, mientras que en

la actualidad, en el momento de interposición de la demanda rectora de esta litis, la Sra. Elisabeth y su hija, que habían adquirido por mitad una vivienda en la localidad de Reus, a través de un crédito hipotecario, por el que satisfacían —las dos— una cuota de 350,57 euros (folio 104), lo que comporta un menor gasto mensual de alrededor, asimismo, de 400 euros.

En definitiva, la demandada de no tener ningún ingreso en el momento de pactarse la pensión dimanante del divorcio ha pasado a percibir una cantidad mensual de unos 400 euros y, por otra parte, sus gastos de vivienda se han visto reducidos en otros 400 euros mensuales, amén de haber pasado de tener la condición de inquilina de un piso a ostentar la de copropietaria, al 50%, de otra vivienda distinta, lo que representa, en términos puramente pecuniarios, que la nueva situación económica —si ingresos y menos gastos— un «enriquecimiento» de unos 800 euros al mes.

Por ello, esta Sala, atendidas las concretas circunstancias del caso y en particular lo pactado en su día por los propios consortes hoy litigantes, en función de la edad de los mismos y del tiempo de duración del matrimonio, estima que no puede prosperar la pretensión principal del demandante de que, en función de las nuevas circunstancias y de los años en que ha venido abonando la pensión compensatoria a su ex esposa, se declare su extinción, ni tampoco la limitación temporal de la misma, cuyos presupuestos en absoluto se dan en el supuesto enjuiciado.

Por contra, la expuesta alteración sustancial de circunstancias ha de comportar forzosamente la minoración de la cuantía de la pensión compensatoria fijada en su día, la cual, por razones de equidad, equilibrio y proporcionalidad, y teniendo en cuenta lo por ellos acordado en el convenio regulador de constante alusión (folios 11 al 13), deberá reducirse en la cantidad de 400 euros mensuales, dado que es aproximadamente la suma de la mitad de los ingresos que viene percibiendo —de más— por cuenta de la Seguridad Social y de la mitad de los gastos —de menos— en concepto de vivienda, es decir, el Tribunal considera que de la pensión de jubilación del Sr. Silvio que debía percibir la

Sra. Elisabeth en concepto de pensión compensatoria, según lo establecido en la sentencia de divorcio, esto es la mitad de la correspondiente al año 2008 —fecha de la demanda—, deberá deducirse la suma de 400 euros mensuales. Y ello, a diferencia de lo pretendido por el actor, a contar desde la fecha de la presente resolución, dado el carácter constitutivo de la misma, cuyos efectos, son, por tanto, *ex nunc*, cual resulta del antes mencionado artículo 80 del Codi de Família, cuyos términos son realmente explícitos al respecto: «1. Les mesures establertes per la sentència poden ésser modificades..., mitjançant resolució judicial posterior».

5. Corolario de lo razonado es la estimación parcial del motivo de casación formulado en el particular relativo a la minoración de la pensión compensatoria establecida en su día a favor de la esposa, que quedará fijada en la suma resultante de deducir la cantidad de 400 euros mensuales de la mitad de la pensión de

jubilación que percibía el marido en el año 2008 —momento de presentación de la demanda—, con efectos la susodicha reducción desde la fecha de esta nuestra sentencia.

Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto, procede estimar en parte tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuestos por el demandante, lo que comporta que deba casarse la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y en su lugar, que deba estimarse parcialmente su pretensión en los términos explicitados en las precedentes fundamentaciones jurídicas, por lo que respecta a la medida dimanante del divorcio de los aquí litigantes relativa a la pensión compensatoria del artículo 84 del Codi de Família a favor de la Sra. Elisabeth y a cargo del Sr. Silvio, cuyo *quantum* se reduce 400 euros mensuales de la suma correspondiente a la mitad de la pensión de jubilación del Sr. Silvio del ejercicio del 2008.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No se cumplen los requisitos para el establecimiento de la compensación por extinción del régimen de separación de bienes, pues ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, y realmente la mayor dedicación en la atención de la hija común ha sido de la abuela materna. Por otro lado, no se ha acreditado el afirmado y notorio incremento patrimonial del esposo.

TSJ Cataluña, Sentencia de 20 de junio de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

En el recurso de casación interpuesto se denuncia la vulneración del art. 41 CF desarrollando, posteriormente, su fundamentación que justifica, en síntesis, en: (a) El notorio incremento del patrimonio del Sr. Gervasio durante el matrimonio; (b) La dedicación de la esposa a la familia y (c) La vulneración de la jurisprudencia de este TSJC y la doctrina de las Audiencias Provinciales de esta Comunidad Autónoma.

Los requisitos que la jurisprudencia de este Tribunal —SSTSJC 30/2008, de 4 septiembre, 36/2008, de 3 noviembre, 38/2009, de 30 septiembre, 19/2010, de 21 de mayo y 44/2010, de

20 de diciembre, entre las más recientes— viene reiteradamente exigiendo para la fijación de la pensión indemnizatoria, cuando los cónyuges se encuentran bajo el régimen de separación de bienes, son:

- a) Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio;
- b) Que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido de forma insuficiente;
- c) Que la disolución del régimen matrimonial haya generado una desigualdad patrimonial

comparando las dos masas de cada uno de los cónyuges, y

d) Que la citada desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto.

Téngase presente que la compensación por razón del trabajo intenta impedir o limitar, tras cesar la convivencia conyugal, que quien haya propiciado el desarrollo del negocio o patrimonio de uno de los cónyuges quede sin la capitalización de los esfuerzos realizados a favor de la familia, mientras que el otro retenga el activo patrimonio íntegro, de tal modo, que con dicha institución se trata de conseguir un equilibrio patrimonial justo al momento de la crisis matrimonial —en las uniones regidas por el sistema de separación de bienes— pero siempre con el punto de vista puesto en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral no remunerado realizado por quien se dedica a las tareas del hogar de forma exclusiva o aun no siendo de manera exclusiva lo haga de un modo insuficientemente remunerado (SSTSJC 8/2000, de 27 de abril; 7/2003, de 26 de marzo, 17/2005, de 21 de marzo, 27/2007, de 27 de julio, 38/2009, de 30 septiembre y 44/2010, de 20 de diciembre, entre otras), sin que ello signifique que deban igualarse los patrimonios de ambos cónyuges, puesto que acoger la tesis contraria, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería, no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, diluir el régimen de separación de bienes cuya esencia se encuentra en la división de patrimonios dentro del matrimonio.

En el caso examinado, se ha producido la situación anteriormente descrita, es decir, compatibilizando ambos cónyuges su actividad profesional fuera del hogar, no se ha justificado que la recurrente haya realizado una actuación para la familia insuficientemente remunerada, ni por otra parte se ha probado la desigualdad patrimonial entre ambos.

En efecto, partiendo del contexto fáctico desarrollado en la sentencia recurrida y en la de primera instancia en cuanto fue incorporada en este extremo a la dictada por la Audiencia Provincial, teniendo presente las correcciones

recogidas en el recurso extraordinario procesal resulta que:

A) La dedicación de la Sra. Ángela a la familia aun cuando ha sido superior a la del Sr. Gervasio, fue, principalmente, el entorno familiar de la Sra. Ángela y concretamente su madre, quien ha cuidado personalmente de la hija de ambos, dado que tanto la Sra. Ángela como el Sr. Gervasio se han dedicado al desarrollo de sus respectivas actividades profesionales, abonando, en ocasiones, el Sr. Gervasio a la abuela una cantidad para la alimentación de la hija. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que dicha menor ha vivido, en su mayor parte, en casa de la abuela y era la madre quien acudía allí tras su trabajo para darle la cena y, en ocasiones, para llevarla a casa, pero que, por razones de proximidad con la guardería, se ha quedado en dicha morada hasta después de solicitado el divorcio, y

B) No se ha justificado el afirmado y notorio incremento patrimonial del Sr. Gervasio durante el matrimonio cifrado en el recurso en la cuantía de 9.000.000 de euros, puesto que no se ha demostrado dicho monto por la recurrente, sino todo lo contrario, existiendo un vacío probatorio en dicho aspecto y del que no puede inferirse se haya producido un incremento patrimonial notorio durante la convivencia patrimonial por parte del Sr. Gervasio. Téngase presente que por sus actividades profesionales la remuneración justificada fue cifrada en 4.561 euros mensuales (y ello determinó una pensión compensatoria a favor de la recurrente de 316 euros mensuales, durante 15 años, pronunciamiento firme). Asimismo, no pueden atribuirse los bienes inmuebles de sociedades en las que resulta ser administrador único o mancomunado el Sr. Gervasio cuando consta que o bien no tiene participaciones o estas se cifran en una pequeña cuantía. Y por otro lado, en las ventas realizadas por determinadas Sociedades de las que el Sr. Gervasio es administrador, no se han justificado las plusvalías ni que ello le haya reportado un ingreso patrimonial determinado. Por último, respecto a las correcciones efectuadas en el *factum* de la sentencia recurrida mediante la estimación parcial del recurso extraordinario de infracción procesal en nada inciden respecto a la existencia o no del afirmado desequilibrio, puesto que:

a) Las correcciones reseñadas precedentemente al estimar parcialmente el recurso extraordinario de infracción procesal respecto a la Sociedad Calafell Carrera S.L. no afectan a los litigantes, por lo cual, los inmuebles de dicha sociedad no pueden computarse a los efectos de establecer el desequilibrio patrimonial en tanto que las participaciones societarios son titularidad o bien de la hija de ambos litigantes, en su mayor parte, o del hermano. Y la participación del 10% en Miracle Monserrat S.L. por parte de la Sra. Ángela no contraviene la apreciación fáctica realizada por la sentencia recurrida en cuanto que no se desvirtúa la conclusión probatoria de que participa en dicha sociedad, siendo que, en cualquier caso, se trata de una puntual precisión, y

b) Las cuestiones sobre la titularidad de la vivienda y el reembolso de la suma de 120.000 euros en los términos pactados entre la Sra.

Ángela y el Sr. Gervasio no pueden ser objeto de enjuiciamiento en esta sede ni tampoco el ejercicio de dicha opción y la reclamación de la anterior cantidad de 120.000 euros, sin perjuicio de que la recurrente, para el caso de que se ejercitaran las pertinentes acciones por el Sr. Gervasio en el ejercicio del derecho de opción o de pretensión de la citada suma, pudiera, en su caso, hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente y excepcionar, si fuera pertinente y viable, la existencia de determinados vicios de la voluntad o si resulta o no aplicable medio rescisorio a la citada opción, como se señalaba en la sentencia de instancia confirmada por la de apelación.

En su consecuencia, procede desestimar el recurso de casación deducido al no concurrir los presupuestos requeridos para la aplicación en el presente supuesto del art. 41 CF.

Tratándose de una vivienda unifamiliar con jardín, de más de 300 metros cuadrados construidos, contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa en modo alguno la dedicación de la esposa al cuidado de la casa y de los hijos durante los 17 años de matrimonio, siendo procedente por tanto fijar una compensación económica al extinguirse el régimen de separación de bienes.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de julio de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a M.^a Eugènia Alegret Burgués**

La Sentencia de la Audiencia, después de rechazar que la Sra. Coral hubiese trabajado para el esposo, hecho que resulta ahora inmodificable, tampoco aprecia que se hubiese dedicado especialmente al hogar, no obstante alegarse ambas circunstancias en el escrito de demanda y no ser necesario que concurran acumulativamente.

Ya se ha dicho que la norma no califica en forma alguna la dedicación prestada al hogar, dedicación que, en este caso, la Sentencia recurrida no niega y que se encuentra más que acreditada en los autos, tanto porque la Sra. Coral dejó de trabajar al contraer matrimonio, como por haber tenido dos hijas con el demandado y haberse hecho cargo de su cuidado y del hogar al trabajar el esposo en sus propios negocios y en los de su padre.

Tratándose de una vivienda unifamiliar con jardín, de más de 300 metros cuadrados construidos, contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa en modo alguno la dedicación de la Sra. Coral al cuidado de la casa y de los hijos durante los 17 años de matrimonio. Ello permitió tener al Sr. Hugo una mayor facilidad para trabajar y hacer producir sus negocios, que, como seguidamente se verá, han ido ampliándose durante el matrimonio. Tampoco desvirtúa esta premisa que la Sra. Coral pinta-se algunos cuadros, ni siquiera que intentase su comercialización, pues mal puede considerarse tal actividad como de envergadura cuando el Sr. Hugo no ha podido aportar en el procedimiento un solo recibo o una sola factura de venta y solamente ha podido acreditarse mediante prueba

de detectives cuyas averiguaciones se centraron en solo un día, sin llegar a identificar, tampoco, a ningún efectivo cliente o comprador de los cuadros.

Constando pues suficientemente la dedicación a la familia de la Sra. Coral sin haber contado con retribución, resta por examinar a la luz de las pruebas recogidas en la sentencia recurrida y el resultado del recurso extraordinario, si existió en el momento del cese de la convivencia un desequilibrio patrimonial entre los bienes de la Sra. Coral y el del Sr. Hugo que justifique, por el enriquecimiento injusto que supone, la concesión de una compensación económica en favor de la esposa.

La Sentencia señala que la actora contaba al cese de la convivencia con unos fondos procedentes de su esposo de 39.413,23 euros (no puede computarse al efecto los 58.000 euros percibidos por la Sra. Coral por herencia de su madre).

El esposo, por su parte, adquirió a su nombre constante matrimonio el domicilio conyugal valorado al cese de la convivencia en 1.300.000 euros.

El Sr. Hugo adquirió, como se ha visto anteriormente, durante el matrimonio 3.000 participaciones de la sociedad Carb-siñol SL cuyo valor al cese de la convivencia es de 277.699,74 euros.

Con dinero prestado por los padres (fl. 461), pudo adquirir en el año 1998 el 50% del capital social de Drac SL, cuya participación al tiempo del cese de la convivencia fue valorada en 635.200,28 euros, de modo que tenemos un incremento patrimonial durante la convivencia matrimonial de 455.200,28 euros (635.200,28 euros menos 180.000 euros).

También cuenta con una acción de la sociedad Las Palmeras valorada en 1.918,41.

A las sumas anteriores deben añadirse el valor de la finca sita en San Vicenç dels Horts que prudencialmente (no existe tasación alguna en los autos) fijaremos, multiplicando por 1,5 el valor catastral, en 90.000 euros, así como el coche que estimamos en 12.000 euros y el capital mobiliario que la Sentencia de instancia menciona y cifra en 36.318,66 euros.

En conjunto s.e.u.o. el Sr. Hugo cuenta con un patrimonio constituido y aumentado durante el matrimonio de 2.173.137,09 euros —como es natural carece de trascendencia que las gasolineras y los negocios relacionados tuviesen su origen remoto en los padres del Sr. Hugo, en cuanto que el hijo trabaja desde siempre en ellos cobrando importantes sumas y ha ido adquiriendo participaciones significativas de los mismos— mientras que en el mismo período la Sra. Coral únicamente obtuvo 39.413,23 euros.

El desequilibrio entre ambas masas patrimoniales es patente y claramente injusto para quien realizó una opción por el hogar familiar que comportó una pérdida de oportunidades profesionales y laborales, lo que obliga a casar la Sentencia al no haber aplicado la Sala de apelación en forma correcta el artículo 41 del CF.

Casada en este particular la Sentencia, esta Sala como órgano de instancia, fija en 200.000 euros la cantidad que el esposo deberá abonar a la Sra. Coral en concepto de compensación económica, cantidad que será satisfecha en tres años con los intereses correspondientes. Para la fijación de esta suma la Sala tiene en consideración las cantidades que ordinariamente se viene concediendo en este concepto, la cantidad ya recibida por la esposa, el límite máximo que establece el nuevo Libro II del CCCat como criterio orientador, el tiempo de duración del matrimonio y el propio nivel de dedicación de la Sra. Coral que resulta de las circunstancias fácticas antes expuestas.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se estima el recurso por infracción procesal y se reponen las actuaciones al momento en el que fue denegada la prueba pericial solicitada por la madre biológica pues la misma estaba dirigida a que se comprobara su estado actual, circunstancia que debe tenerse en cuenta para decidir si se encuentra o no incurso en causa de privación de la patria potestad a los efectos de prestar el asentimiento a la adopción.

TSJ Aragón, Sentencia de 5 de abril de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

El procedimiento ahora instado por la actora tras su oposición a la adopción de su hijo formulada en el procedimiento 629/2009 del mismo Juzgado, suspendido hasta recaer sentencia firme en éste, tiene como finalidad, como expresa en su demanda, que se declare la necesidad de su asentimiento para dicha adopción, conforme a los trámites del artículo 781 LEC. Como se ha señalado, previamente se había tramitado ante el mismo Juzgado el procedimiento de oposición a medidas de protección de menores previsto en el artículo 780 del texto procesal, las cuales habían declarado la situación de desamparo del menor, la suspensión del régimen de visitas, la declaración de tutela *ex lege* y el acuerdo de acogimiento, con el resultado ya indicado de haber sido desestimada la demanda de oposición de la actora. En la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 2010, recaída en el recurso de casación 11/2009 que puso fin al indicado procedimiento, se confirmó la situación de desamparo del menor por haber apreciado las sentencias de instancia y de apelación la existencia de los requisitos de dicha situación en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y en el artículo 104 de la Ley aragonesa 13/2006 de Derecho de la persona, concretados en el incumplimiento de los deberes de protección, efectiva privación de asistencia al menor y nexo causal entre el incumplimiento y la efectiva privación de asistencia, así estimados incluso con carácter preventivo, antes del nacimiento del niño, por la apreciación del imposible ejercicio de los deberes de protección conforme a la conducta observada en la madre antes del nacimiento.

Estos mismos hechos que sirvieron de base a las declaraciones administrativas anteriores, judicialmente confirmadas, son los que nuevamente sirven de fundamento a las sentencias recaídas en el procedimiento del que trae causa el presente recurso para apreciar que la madre del menor está incurso en causa de privación de la autoridad familiar, y por tal motivo la sentencia de instancia expresamente consideró, como se ha dicho, que «no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado». Y la sentencia de la Audiencia Provincial reproduce las deficiencias de la madre puestas de manifiesto en los anteriores expedientes y procedimientos argumentando, para apreciar los motivos por los que está incurso en causa de privación de la autoridad familiar, que «no existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Paloma en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios».

Ciertamente la demanda de la actora, insistiendo en su rechazo a la valoración que se hizo de su estado y situación en el momento de los expedientes anteriores, que condujeron a la situación de desamparo y acogimiento preadoptivo, provoca en cierta medida que las sentencias dictadas se fundaran en los mismos motivos, sin necesidad de nueva prueba para comprobar su situación actual, por entender que aquellos motivos la hacían acreedora también de la declaración de hallarse incurso en causa de privación de la autoridad familiar y, por ello, a no ser preciso su asentimiento para la adopción. Pero los diferentes requisitos que deben exigirse para las

dos distintas declaraciones (la de desamparo y la de privación de la autoridad familiar) y, sobre todo, las consecuencias derivadas de cada una de ellas, exigen un análisis más detallado de los presupuestos y consecuencias de ambos procedimientos.

El procedimiento para determinar la necesidad, o no, de asentimiento de los padres en la adopción (artículo 781 LEC) precisa la remisión al precepto sustantivo, dentro de la regulación de la adopción, que expresamente examina los supuestos en que tal asentimiento es necesario, concretamente el artículo 177.2.2.º del Código civil que requiere el asentimiento de los padres del adoptando no emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Y expresamente exige que esta situación sólo pueda apreciarse en procedimiento judicial contradictorio.

Se equiparan, por lo tanto, las situaciones de haber sido privado de la patria potestad y de hallarse incurso en causa legal para ello, y son los mismos los requisitos de procedimiento (juicio contradictorio) y las consecuencias (pérdida directa de la patria potestad en un caso, y no necesidad de asentimiento en la adopción, cuya constitución lleva a su pérdida —artículo 169.3.º Cc—, en otro). La gravedad de las consecuencias que se derivan de ambas situaciones exige un cuidadoso examen de los presupuestos de hecho y, por ello, de las pruebas que los acrediten, debiendo afirmarse que no son necesariamente los mismos que pudieron dar lugar a declaraciones de desamparo y acogimiento, que en este caso tuvieron la referencia temporal del año 2007. A estos efectos resulta determinante la prueba de la subsistencia, o no, de aquellos presupuestos de hecho, aunque ha de advertirse que los presupuestos de hecho para la declaración de desamparo y para la privación de la patria potestad (de la autoridad familiar en Derecho aragonés) no son exactamente los mismos.

El artículo 104 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, define la situación de desamparo como la producida «de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la

guarda de los menores o incapacitados, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Y las consecuencias de la declaración de la situación de desamparo son las señaladas en el artículo 105 de la Ley 13/2006, que son la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar, pero no su privación. Debe recordarse que para el supuesto de la misma recurrente declaró esta Sala en la sentencia de 4 de enero de 2010 que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 12/2001 y del artículo 104 de la Ley 13/2006, era posible apreciar la situación de desamparo incluso por conductas anteriores al nacimiento del niño si se apreciaba el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, incluso para el futuro, derivado de la conducta de la madre antes del nacimiento. Se trataba, por lo tanto, de valorar el imposible o inadecuado ejercicio de tales deberes de protección, que es distinto a valorar los requisitos para adoptar la decisión de privación de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o la situación de hallarse incurso en causa legal para ello.

La referencia del artículo 177.1.2.º Cc a la privación de la patria potestad o a hallarse incurso en causa legal para su privación, que exige comprobar «el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma» (artículo 170 Cc), debe sustituirse entre nosotros por el artículo 77 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, conforme al cual para la privación de la autoridad familiar se requiere «sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma», enunciado que literalmente resulta más exigente que el del artículo 170 del Código civil, sin perjuicio de que en su aplicación pueda equipararse. Debe reiterarse lo declarado para la situación de desamparo, aunque ahora con mayores dificultades dado el tenor literal del artículo 77 (donde no existe la expresión del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección del artículo 104), que permita la apreciación del incumplimiento grave y reiterado de los deberes en quien no ha tenido la oportunidad de ejercerlos dado que el niño le fue retirado al nacer,

deduciendo dicho incumplimiento ya no sólo de la anterior conducta de la madre sino de la posibilidad de extrapolarla a su situación actual, lo que inevitablemente exigirá valorar la prueba que permita comprobar dicha situación y no simplemente derivarla de aquel estado anterior.

Con las anteriores premisas debe examinarse ahora si la denegación de la prueba solicitada por la recurrente en la primera instancia y en la apelación supone infracción de los preceptos señalados en su recurso que resulte determinante de nulidad o productora de indefensión, o vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (artículo 469.1.3.º y 4.º en el que se ampara el recurso). Los preceptos señalados como infringidos son los artículos 208.1, 217 y 283 LEC, además del artículo 24 de la Constitución Española.

A estos efectos la mera cita del artículo 208.1 LEC, sin explicación de la forma en que la recurrente entiende cometida la infracción, no la acredita. Ciertamente, la providencia del Juzgado de 27 de noviembre de 2009 que denegó la solicitud de prueba anticipada diciendo «Se tiene por propuesta prueba anticipada por la parte actora y a la vista de su contenido NO HA LUGAR a la admisión de ninguno de los medios de prueba propuestos», carece de motivación e infringe en realidad el artículo 206.1, regla 2.ª, que exige la forma de auto para la inadmisión de prueba, pero no con los efectos invalidantes que se pretenden si, como sucedió, hubo otras resoluciones que inadmitieron la prueba cumpliendo la forma, aunque la falta de motivación pudiera incidir en los mismos efectos.

El auto del Juzgado de 7 de septiembre de 2009, de admisión a trámite de la demanda, al denegar la prueba diciendo «3. Al OTROSÍ, no ha lugar a la prueba pericial psicológica solicitada», cumple el requisito de forma pero carece absolutamente de motivación, infringiendo por ello el artículo 208.2.

Posteriormente, en el acto de la vista del juicio fue denegada la prueba diciendo: «No se admite la Pericial propuesta al considerarla innecesaria habida cuenta del expediente administrativo». Se justifica así, escuetamente, la denegación por entender suficiente el expediente administrativo que sirvió de fundamento en el

anterior procedimiento para la declaración de la situación de desamparo, por lo que se cumpliría la obligación de motivar, si bien la recurrente discrepa, con cita del artículo 283, de que la prueba propuesta fuera intrascendente. El Juzgado la consideraba innecesaria y así lo justificaba después en la sentencia: «... no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado pues, en primer lugar, no se alega siquiera que haya superado todas sus deficiencias y tenga una vida ordenada, un empleo suficientemente retribuido, y un domicilio en el que convivir con el menor, sino que se pide pericial psicológica para determinar si de manera genérica es capaz de atenderlo, y además también es importante proteger el interés del niño, que es prioritario, y que convive desde hace dos años con una familia de acogida, de manera que el separarlo de ésta le produciría un grave perjuicio y sin duda futura inestabilidad». Así pues, se pone el acento en que no alegaba la actora haber superado sus deficiencias y tener una vida ordenada, unos medios de vida suficientes y un domicilio, considerando el Juzgado inhábil una prueba pericial psicológica sobre su capacidad genérica para atender al niño.

El Auto de la Audiencia Provincial de 27 de abril de 2010 resolvió inadmitir la prueba propuesta por la recurrente al interponer el recurso de apelación diciendo: «No procede admitir la prueba pericial propuesta por la recurrente por no resultar trascendente para resolver la cuestión controvertida (Art. 283 L.E.C.)», lo que viene a ser una motivación de inutilidad de la prueba, no precisando si por impertinencia y falta de relación con el objeto del proceso (artículo 283.1) o por propia inutilidad al no contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (artículo 283.2). La sentencia de la Audiencia justifica su decisión en la falta de prueba que justificara que la situación había cambiado respecto a la declaración de desamparo, y que esta misma declaración lleva a declararla incurso en causa de privación de la patria potestad, al decir: «No existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Paloma en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios. El

interés del menor fue el único criterio mantenido por la Administración en su intervención. La incapacidad de la recurrente, determinante de la declaración de desamparo del menor, supone la aplicabilidad del Art. 177-2 del Código civil, que excluye la necesidad de su asentimiento en la adopción del menor, lo que comporta la desestimación del recurso».

Las anteriores declaraciones del Juzgado y de la Audiencia, tanto en las resoluciones denegando la admisión de la prueba como en las sentencias, ponen de relieve, como motivación de su inutilidad, que la situación de la actora, tanto en lo relativo a su capacidad personal como a sus medios económicos y sociales, no había cambiado y eran suficientes los motivos que llevaron a la declaración de desamparo para considerarla incurso en causa de privación de la autoridad familiar. Como se ha razonado en el fundamento anterior, esta equiparación de situaciones (desamparo y causa de privación de la autoridad familiar), no puede hacerse sin una adecuada justificación del estado actual del progenitor, ni tampoco cabe fundarla en falta de prueba si la actora, cumpliendo con la carga que le impone el artículo 217 LEC, propone reiteradamente la práctica de la que estima oportuna, que con la misma reiteración le es denegada. Puede afirmarse que resultaría justificada la denegación si absolutamente se apartara del objeto del proceso (artículo 283.1 LEC) o resultara inútil a tal fin (artículo 283.2), pero no puede ser así apreciado *a priori* si, cuando se propuso como prueba anticipada, se solicitaba dictamen del médico forense sobre su capacidad en función de su minusvalía, dictamen de psicólogo sobre su aptitud y capacidad para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad, e informe del equipo psicosocial sobre las medidas precisas para la recurrente para el cuidado y crianza de su hijo, pues tales dictámenes e informes resultan plenamente ajustados al objeto del proceso.

La mera previsibilidad del resultado, que es lo que parece haber llevado a las decisiones impugnadas, no autoriza una denegación de esta prueba en este tipo de procedimientos (Libro IV, Título Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en los que se proclama la indisponibili-

dad de su objeto (artículo 751) y la más amplia admisión de los medios de prueba en cualquier fase, y (artículo 752) a instancia de parte o de oficio (en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril). Por ello la sentencia del Tribunal Supremo n.º 565/2009, de 31 de julio, sienta la doctrina de permitir contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo, incluso durante el proceso civil, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (sic).

En particular, en los procedimientos dirigidos a la privación de la patria potestad o de la autoridad familiar, ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, «en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación» (artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, y con similar redacción el artículo 170, segundo párrafo, del Código civil), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiendo su revisión en función de los cambios de circunstancias, que han de ser valorados por los tribunales que tienen encomendada esta función, siempre que se adopten en interés del hijo. El interés del menor se erige así en el eje que debe presidir el enjuiciamiento y resolución de este tipo de procesos, y en ocasiones dicho interés se protegerá adecuadamente permitiendo a los padres la recuperación de la patria potestad o de la autoridad familiar perdidas (recordemos que la autoridad familiar no se pierde por la declaración de desamparo), y en otras tal protección se conseguirá rechazando dicha recuperación en función de la situación en la que se encuentre el hijo y de las capacidades de los padres, todo lo cual habrá de ser enjuiciado por los tribunales a los que corresponde dicha valoración, con arreglo a las pruebas puestas a su disposición u obtenidas de oficio.

En este supuesto la denegación de prueba, a la vista de lo expuesto hasta ahora, no resulta justificada, habiéndose producido la infracción del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues las pruebas propuestas guardaban relación con el objeto del proceso (apartado 1), y sólo po-

dían ser rechazadas (apartado 2) las que «según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos». Esta regla contenida en las disposiciones generales sobre la prueba impone a los tribunales un criterio claramente restrictivo en el rechazo de pruebas, que debe seguirse con el máximo rigor en este tipo de procedimientos, según las consideraciones expuestas.

Sobre la relevancia de la denegación de prueba a los efectos de determinar si la misma ha generado indefensión y/o vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (artículo 469.1, apartados 3.º y 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debemos partir de las reiteradas declaraciones recogidas en sentencias como la del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010, n.º 141/2010, recurso 1335/2006, conforme a la cual «el art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiéndose por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* (supuesto que debe decidirse) (SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2.a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2».

Para concretar si la denegación de prueba es relevante en términos de ser considerada cau-

sante de indefensión o de infracción de derechos constitucionales, señala la citada sentencia que «es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2.c)]; cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3).

En el presente supuesto ya hemos valorado la trascendencia de la prueba propuesta por la recurrente dirigida a intentar acreditar su situación, que le permitiría ocuparse de su hijo, sin perjuicio de la valoración que corresponde a los tribunales, por lo que, habiéndose producido la infracción de los preceptos indicados como consecuencia de la injustificada denegación de la prueba propuesta, procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la infracción o vulneración (artículo 476.4 LEC), que es la providencia de 27 de noviembre de 2009 denegando la prueba propuesta como anticipada en el escrito de 24 de noviembre de 2009 (folios 70 y 71 de los autos de primera instancia), para su admisión en forma y continuación de los trámites subsiguientes.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 del CC es aplicable al presente supuesto la ley española, que es la ley de la residencia habitual común del matrimonio al tiempo de la presentación de la demanda. Por tanto, no puede ser de aplicación una institución ajena a nuestro ordenamiento jurídico, ni puede considerarse la dote islámica o acidaque como una consecuencia de la declaración de divorcio.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 10 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición del recurso y en el acto de la vista celebrada en esta segunda instancia no puede la Sala sino confirmar el criterio de la sentencia apelada, estimando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 del Código Civil es aplicable al presente supuesto la ley española, ley de la residencia habitual común de del matrimonio al tiempo de la presentación de la demanda, al disponer dicho precepto que «la separación y el divorcio se registrarán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad co-

mún, por la Ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la Ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado» y, como declara la sentencia apelada, con cita de la de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de enero de 2004, no puede ser de aplicación una institución ajena a nuestro ordenamiento jurídico, ni puede considerarse la dote islámica, o acidaque, como una consecuencia de la declaración de divorcio, sin que pueda considerarse de aplicación en España lo dispuesto en el Código Sirio de Estatuto Personal que regula la dote en sus artículos 53 y siguientes.

PATRIA POTESTAD

Se priva al padre de la patria potestad al ser condenado por un delito cometido sobre la hija de su pareja, al haber sido vividos los hechos por su propia hija que presencié episodios de violencia contra su propia madre y contra su actual pareja sentimental.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 30 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana María Hortensia García Esquiús**

Impugna el padre apelante la sentencia de instancia que desestimando su pretensión de suspensión de la obligación de abono de la pensión alimenticia a la hija menor de edad, estima la demanda reconvenicional formulada a su vez por la madre dando lugar a la petición de privación de la potestad del padre sobre la dicha hija. Ambos pronunciamientos deben ser confirmados dado su evidente corrección y la adecuación a las circunstancias concurrentes.

El artículo 136 del Codi de Família de Catalunya, como en su caso el artículo 170 del Código Civil, prevé la posibilidad de privar al padre o la madre, total o parcialmente de su potestad, por sentencia firme fundada «en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes», precepto que dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva y por ello procederá en el caso de que se haya evidenciado una clara renuencia por parte del progenitor al cumplimiento de los deberes que su ejercicio comporta.

El contenido de la potestad del padre y la madre aparece recogido en el artículo 143 del mismo texto legal, cuando dice que son deberes de los padres el cuidar de los hijos, convivir con ellos y alimentarles en el sentido más amplio, debiendo educarles y proporcionarles una formación integral. En principio el ejercicio de la potestad de los padres es conjunto, pudiendo ejercerse por uno con el consentimiento del otro y por ello la potestad será ejercida exclusivamente por el padre o por la madre en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro progenitor. Dada la trascendencia de la adopción de una medida de tal calibre, la ley limita la posibilidad de acordar la privación de la potestad a aquellos supuestos en que se evidencie un incumplimiento grave o reiterado y ello por cuanto además, la potestad será ejercida siempre en beneficio del hijo, su esencia radica en la necesidad de proteger al menor de edad atribuyendo a los progenitores en primer lugar este deber de protección y amparo. La privación de la titularidad de la potestad comporta la pérdida de las facultades para convivir con el hijo, educarle, formarle, corregirle y por supuesto disfrutar de su compañía, pues la potestad, se compone de un complejo entramado de dere-

chos y deberes, que derivan de la procreación, se alimentan del cariño mutuo entre padres e hijos y se dirigen a la protección de los menores para ayudarles en su proceso de desarrollo individual. Con la privación de la potestad cesan los derechos y deberes que la conforman, persistiendo únicamente la obligación de asistir a los hijos en todo aquello que sea necesario, o sea, en evitarles riesgo o perjuicio de todo tipo, y la obligación de prestarles alimentos, como de forma expresa dispone el citado artículo 136 del Codi de Família.

El incumplimiento será grave cuando se acredite la existencia de un perjuicio para el menor que pudiera derivarse de la existencia de una situación de riesgo o de la posibilidad de un peligro, físico o psíquico. De ahí que a la autoridad judicial le competa adoptar cuantas medidas sean adecuadas para evitar dicho perjuicio, pues como dice el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño habrán de adoptarse cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, o mental, descuido, o trato negligente y en el artículo 3 del mismo texto se señala que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». La Convención se está refiriendo a «ambos padres», no a uno solo de los progenitores, hasta tal punto que en el artículo 9.3 se especifica: «Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

Es por todo ello que la adopción de la medida de privación de la potestad tiene siempre un carácter excepcional y deben sopesarse con prudencia todas y cada una de las circunstancias de cada caso concreto. En este caso, la custodia la tenía ya atribuida la madre de la menor tras el cese de la convivencia de los padres, pero la privación de la potestad es la consecuencia lógica de la secuencia de hechos que derivaron en un procedimiento penal y la condena del apelante

no como autor de un delito sobre la persona de la propia hija sino de la hija de su pareja. Lo que ocurre es que los hechos fueron vividos por la propia menor hija del apelante, que además existieron episodios de agresividad y violencia en la propia pareja del apelante y la madre de M.^a Teresa y que estos fueron vividos por María Teresa, como se recoge en el informe del Sataf. No podemos pasar por alto que aquellos hechos que dieron lugar a la condena penal del Sr. Cornelio tuvieron lugar en el propio hogar, en el seno de la vida familiar, evidenciando una postura de absoluto desprecio y abuso de superioridad frente a la fragilidad, física y psíquica de ambas niñas. Corresponde a los adultos preservar a los menores cuya guarda se tiene encomendada, preservarles de todo peligro físico o

psíquico, y por ello cuando el causante del daño es aquel que más ha de procurar por su bienestar y ha de servirle de ejemplo y guía en la vida, se produce una quiebra gravísima de los deberes parentales, lo que tiene como consecuencia más inmediata el daño emocional. Las secuelas que ello ocasiona en la menor probablemente son permanentes, como también el daño moral que le comportará a la niña, a medida que vaya creciendo, la elaboración y asunción de una realidad de difícil comprensión con derivaciones de orden social a las que no podrá ser ajena y todo este daño ha tenido su origen directo en la conducta del propio progenitor que ha de velar por su bienestar. Queda pues, suficientemente claro, que concurre causa bastante para acordar la medida que se está impugnando.

Se acuerda la privación de la autoridad familiar al padre, que pasa a ser ejercida en exclusiva por la madre y con suspensión del sistema de visitas fijado a su favor, que no ha ejercido desde el año 2003, de tal forma que no se imponen visitas obligatorias al menor quedando éste en libertad para relacionarse con su padre en los momentos en que surja en el menor dicho deseo.

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Sentencia de 3 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós**

La Sentencia recaía en primera instancia en el presente procedimiento sobre modificación de medidas (artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es objeto de recurso por la representación del demandado (Sr. Domingo), que en su escrito de interposición considera que procede seguir manteniendo la autoridad familiar compartida estableciendo un régimen de visitas en el PEF tutelado.

La modificación de las medidas (arts. 90, 91 y 100 del C.Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modi-

ficación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga a la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 LEC).

Igualmente se tiene en cuenta que en todo este tipo de procedimientos debe estarse al interés superior de los menores como así viene establecido en el art. 39 CE, LO 1/1996 de 15 de enero sobre protección jurídica del menor, Convención de los derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, arts. 93 y 154 y ss. del CC, Ley Aragonesa de la Adolescencia e Infancia, así como Ley Aragonesa de los Derechos de la Persona y sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, 143/1990 y 114/1992 entre otras muchas.

Debe tenerse en cuenta que el recurrente, desde la separación (año 2003) no ha venido cumpliendo el régimen de visitas que le hubiera permitido mantener una adecuada vinculación afectiva con su hijo, produciéndose igualmente un impago de las pensiones alimenticias a su cargo, incumpliendo sus obligaciones inherentes a la patria potestad (artículo 60 y siguientes de la Ley 13/2006), por otro lado es desaconsejable, así lo indican los informes obrantes en autos, el mantenimiento de visitas forzadas, siendo más adecuado que éstas se produzcan en el momento de que éste manifieste un intento

de acercamiento paterno que en este momento no existe, así el informe psicosocial recomienda que el menor para que pueda relacionarse con su padre que se le permita acudir libremente a estar y permanecer en su compañía en los momentos en que surja en él dicho deseo, bien mediante un trabajo materno de transmitir a su hijo una imagen positiva de su padre, o bien como un proceso derivado del crecimiento y maduración personal del menor.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso, confirmando íntegramente la Sentencia apelada.

GUARDA Y CUSTODIA

Cuando la controversia sobre la custodia tiene lugar entre un progenitor y terceras personas (abuelos paternos o maternos y otros parientes del menor) la decisión judicial no puede tomar en consideración, de modo principal o único, las condiciones de uno y otro entorno para decantar las medidas en pro de la que se ofrezca más acorde a los intereses del menor, pues, sólo en casos excepcionales, puede excluirse a los progenitores de las funciones que les atribuye de modo primario la Ley.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

La controversia suscitada acerca del régimen de cuidado cotidiano del menor debe encontrar respuesta del Tribunal bajo la inspiración del principio del *favor filii* que, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico interno, proclaman los artículos 39 de la Constitución y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996. Conforme a estos últimos cualquier medida, judicial o administrativa, que afecte a un menor habrá de basarse en el interés prioritario del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

Con carácter más específico, y en lo que al caso concierne, los artículos 92 y 159 del Código Civil disponen que si los padres viven separados, y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los menores de edad.

Dichas previsiones de carácter general encuentran, sin embargo, otras de aplicación excepcional, en modo tal que, cuando el interés del menor así lo demande, su cuidado cotidiano podrá ser atribuido a otros familiares, o inclusive a personas o instituciones ajenas a dicho entorno. Así, el artículo 158 del citado Código establece que el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Por su parte el artículo 103 del repetido texto legal contempla la posibilidad, de carácter excepcional, de que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez. Estas últimas previsiones legales, si bien incluidas dentro de la normativa

reguladora de los procedimientos matrimoniales, son igualmente aplicables a supuestos como el que nos ocupa, en virtud del principio de plena equiparación de los hijos ante la Ley que proclama el antedicho artículo 39 CE.

En el supuesto que hoy nos ocupa, la guarda del hijo habido de las relaciones de los codemandados fue atribuida a la madre mediante la Sentencia que, en fecha 6 de noviembre de 2007, refrendó el convenio regulador suscrito por aquéllos. En dicho momento, y desde que el menor tenía cuatro meses de edad, él mismo y su madre residían en el entorno de los abuelos maternos, situación que se prolonga hasta el mes de marzo de 2008 en que, a raíz de una discusión con sus padres, doña Rebeca sale del domicilio de los mismos, quedando el niño, por acuerdo de ambos progenitores, al cuidado de don Pedro Antonio. Este status convivencial se mantiene hasta el mes de julio del mismo año en que, a requerimientos de la madre, el otro progenitor entrega al menor a una tía materna, en cuya compañía permanece Carmelo, sin la presencia en dicho entorno de ninguno de sus procreadores, hasta junio 2009, en que, una vez iniciado el presente procedimiento, es retornado al domicilio de los abuelos maternos, en unión de la madre.

De lo expuesto se infiere que, no obstante tener asignada judicialmente doña Rebeca la función debatida, no ha sabido, podido o querido asumir de modo directo y personal la referida responsabilidad, salvo en aquellos periodos en que la misma ha convivido con sus padres, los que se han erigido, en tales etapas, en los cuidados primarios del menor. La abuela materna, al declarar en la vista celebrada en la instancia, manifiesta que su hija está capacitada para cuidar del niño, pero siempre que ponga más interés, pues anteriormente le demostró que no ejercía bien la referida responsabilidad, haciéndolo ahora, pero por estar en el domicilio de la declarante. Y añade que, por lo ocurrido anteriormente, duda que el niño esté bien cuidado por doña Rebeca.

En el escrito que, en el trámite del artículo 461 LEC, presenta la dirección Letrada de los abuelos maternos, se expone que su hija, tras recibir la Sentencia, culpabiliza a aquéllos de la

situación en que se encuentra y, en la actualidad, ha dejado el domicilio de los mismos.

Los Peritos adscritos al Tribunal Superior de Justicia que emiten el informe unido a los folios 191 y siguientes de las actuaciones, consideran, en coincidencia con lo referido por la abuela materna, que doña Rebeca, cuando ha tenido la oportunidad de ejercer la custodia de su hijo Carmelo, no lo ha hecho de forma adecuada, delegando en terceras personas sus responsabilidades maternas.

Bajo tales condicionantes no podemos concluir que, en la descrita coyuntura, la alternativa representada por la apelante principal, respecto de la que, al contrario de lo que se expone en el escrito de formalización de su recurso, se desconocen sus actuales circunstancias laborales y residenciales, resulte la más adecuada en orden al desempeño personal, responsable y en beneficio del menor, de su guarda cotidiana, lo que, en aplicación de las previsiones analizadas, hace decaer la pretensión al efecto articulada por dicha litigante.

Ello sentado, y en lo concerniente a las otras dos opciones planteadas sobre guarda del menor, ha de tenerse en cuenta, ante todo, que, conforme previene el artículo 154 del Código Civil, incumbe a los padres que no estén privados de la patria potestad la facultad, entre otras, de tener a los hijos en su compañía, lo que implica, no sólo un derecho, sino también un deber ineludible, y que sólo puede ceder, por decisión judicial, cuando el mismo, así como las demás facultades integradas en la potestad de los padres, se ejerzan inadecuadamente, situando al menor en una situación de riesgo para su desarrollo y formación, en sus distintos aspectos.

Por ello, y al contrario lo que acaece cuando el debate sobre la custodia se suscita entre los progenitores, en que ha de valorarse cuál de ellos es el más adecuado para el ejercicio de tal cometido, en supuestos, como el presente, en que, descartada por lo antedicho la alternativa materna, la controversia acaba por plantearse entre un progenitor y terceras personas, por más que éstos sean los abuelos de una u otra rama, la decisión judicial no puede tomar en consideración, de modo principal o único, las condiciones de uno y otro entorno, para decantar las medidas

en pro de la que se ofrezca más acorde a los intereses del menor, pues, conforme a lo expuesto, sólo en casos excepcionales, puede excluirse a los progenitores de las funciones que, integradas en la patria potestad, les atribuye de modo primario la Ley.

Confiada en el caso la custodia con carácter provisional al padre por la Juzgadora de instancia, no consta que dicho progenitor haya desatendido las obligaciones inherentes a la responsabilidad asumida, por más que, en determinadas coyunturas y por razón de su trabajo, precise de la ayuda, al respecto, de sus padres, con los que en la actualidad convive.

Y así parecen entenderlo los abuelos maternos en cuanto, según se expone en el escrito presentado por su dirección Letrada en el trámite del artículo 461 LEC, inicialmente asumieron

el criterio decisorio plasmado en la Sentencia de instancia, y que sólo combaten por las circunstancias acaecidas con posterioridad a ser dictada dicha resolución, y que concretan en el abandono por su hija del domicilio de los mismos, y el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor al que se le ha atribuido la custodia.

Obvio es que, a tenor de lo antedicho, ninguno de tales datos tiene entidad jurídica suficiente para modificar el pronunciamiento principal contenido en la resolución apelada, pues han de priorizarse los derechos y deberes que incumben a los padres, teniendo, de otro lado, el denunciado incumplimiento, o obstaculización, del régimen de visitas otras vías de solución, cuales las del procedimiento de ejecución habilitado por los artículos 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Desde la separación de hecho el hijo ha estado mayoritariamente con la madre y no ha acreditado el padre que una custodia compartida garantice mayor estabilidad al hijo, no siendo determinante que la madre trabaje y el padre no, pues cuando aquella realiza su actividad laboral es la abuela materna quien se encarga de la menor.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Dolores Viñas Maestre**

La cuestión que constituye el objeto principal de la contienda en el presente procedimiento es la relativa a la guarda y custodia del hijo menor de ambos litigantes, nacido el 13 de diciembre de 2003. La demanda de divorcio fue planteada en el mes de marzo de 2009 por la madre; por ésta se alega que la ruptura de pareja y separación de ambos progenitores se produjo en verano de 2008 y que desde dicha fecha hasta la presentación de la demanda fue la madre la que asumió el cuidado del hijo menor; el padre refiere que la ruptura y separación se produjo en diciembre de 2008 y que desde entonces se llevó a cabo una guarda alterna diaria. La sentencia ha atribuido la guarda del hijo menor a la madre sobre la base de dos fundamentos o razones: que no existe entre los progenitores la comunicación, relación fluida, y entendimiento que serían necesarios para fijar una custodia compartida y

que es la madre quien la ha venido ejerciendo desde la separación de hecho de los progenitores, sin perjuicio de que el niño ha mantenido el contacto frecuente con su padre, como es lo deseable.

Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala en anteriores sentencias, entre otras, 11 de marzo de 2010 y 7 de octubre de 2010 la Ley no establece cuales son los criterios que deben valorarse para determinar cuál es el mejor sistema de custodia, siendo los Tribunales los que han ido perfilando dichos criterios.

Las sentencias del TSJC de fecha 31 de julio de 2008 y 25 de julio de 2009 han señalado que en la aplicación de la custodia «habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la

proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares». En sentencias posteriores de fecha 3 de marzo y 8 de marzo de 2010 se ha dado preferencia a los acuerdos de ambos progenitores y en su defecto se ha remitido a la valoración de las relaciones interparentales y de la capacidad parental. Y se ha descartado asimismo en las mismas sentencias en los supuestos de conflictividad extrema, señalándose que no basta cualquier tipo de conflictividad o mala relación.

El Libro segundo del CCC aprobado por Llei 25/2010 de 29 de julio, sí establece en su artículo 233-11 los criterios que deben valorarse y si bien dicha normativa no había entrado en vigor en el momento de dictarse la sentencia que ahora se apela y en consecuencia no resulta aplicable al supuesto de autos, sí puede ser objeto de consideración como orientativa. Así los criterios establecidos son los siguientes:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven a las viviendas respectivas.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las labores que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera del convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores.

Tal como se señaló en las sentencia antes referidas, debe igualmente concluirse que el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo mas similar posible, con preservación de los intereses del menor, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos. La exposición de motivos de la propia ley se inclina claramente por la preferencia de la organización familiar anterior.

En el caso de autos se ha acreditado que la madre trabaja y que durante el horario laboral de la madre el menor es cuidado por la abuela materna y que el padre no trabaja, no constando la razón o motivo de su inactividad laboral ni que dicha inactividad esté justificada, desconociéndose el tipo de formación o las posibilidades reales que tenga el padre para acceder a algún tipo de actividad remunerada. Ciertamente el padre dispone de tiempo libre para ocuparse del menor pero dicha circunstancia por sí sola no puede conducir en el caso de autos a una guarda compartida. De la prueba practicada en el acto del juicio consistente en interrogatorio de ambos progenitores y una testifical, solo puede deducirse que después de producirse la ruptura de convivencia entre ambos litigantes, cuya fecha tampoco aparece claramente concretada, al existir sobre este extremo versiones contradictorias, el menor ha permanecido de forma mayoritaria bajo el cuidado de la madre y cuando esta no ha podido por razones laborales ha estado bajo el cuidado de la familia materna, siendo la madre y la abuela las que se han ocupado principalmente del menor. No se ha aportado ninguna otra prueba que permita afirmar que una distribución de la guarda distinta a la que de forma tácita han seguido los padres después de la ruptura, resulte

más beneficiosa para el niño, que en el momento de dictarse la sentencia tenía casi seis años, siendo la medida adoptada por la sentencia apelada la que garantiza una mayor estabilidad al menor y en consecuencia la que más se ajusta a su interés. La indefinición laboral del padre no puede considerarse por otra parte como un dato positivo o favorecedor de la distribución

de la guarda que solicita. No habiéndose aportado otras pruebas que permitan conocer mejor la verdadera situación del padre y la viabilidad de la organización familiar que propone en este procedimiento, ni que la guarda alterna que solicita se ajuste a las necesidades del menor, procede la confirmación de lo acordado en la sentencia con desestimación del recurso.

La complicada situación de la salud de la hija (no habla y siempre tiene que estar en una silla de ruedas) es incompatible con la custodia compartida semanal que propone el padre.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María José Pérez Tormo**

Tal como dijo la sentencia del TSJC de fecha 31 de julio de 2008 «la llamada “custodia compartida” o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial. Sin embargo, no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos...». Y añade aquella sentencia «... Por otra parte, su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad... En definitiva, en su aplicación habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares».

En el caso de autos es determinante para la organización cotidiana de la menor Marta, su importante problema de salud, pues se ha acreditado que padece una encefalopatía estática con tetraparesia espástica, epilepsia, osteoporosis, escoliosis, pubertad precoz, por lo que tiene reconocida una disminución del 90%. Su situación en la práctica es que no habla, no puede estar de pie y debe estar siempre en silla de ruedas. Este estado de salud requiere de continuos controles médicos, operaciones qui-

rúrgicas, y atención constante, actuación que ha sido dirigida en mayor medida por la madre, a pesar de haberse reconocido una importante colaboración del padre, del que la propia Sra. Rosaura ha reconocido en su interrogatorio que es un buen padre, que quiere a sus hijos, y que hay una profunda relación de afecto entre padre e hija. Los informes médicos aportados en autos acreditan que si bien es cierto que el Sr. Mariano ha acudido siempre, junto con la madre, al Hospital de Sant Joan de Deu a las visitas programadas, según certificado que obra al folio 517 de las actuaciones, la madre la ha llevado en prácticamente todas las ocasiones al oftalmólogo (F. 519) y al médico traumatólogo (F. 520), según certificaciones obrantes en las actuaciones, corroboradoras de las afirmaciones de la Sra. Rosaura sobre su mayor dedicación al cuidado de la menor. Debe además tenerse en cuenta que Marta precisa que en su vida no se produzcan variaciones importantes, sino que es conveniente para su estabilidad que se sigan las rutinas, que no solo se centren en los horarios que debe seguir, sino que le produciría una importante desestabilización el cambio semanal de vivienda, tal como propone el padre, por todo lo cual, y a pesar de reconocer esta Sala la importante afectividad que existe entre padre e hija, y los afectuosos cuidados que éste siempre le ha dispensado, consideramos que Marta debe continuar bajo la custodia de la madre, sin los constantes cambios semanales de vivienda que

propone el padre, siendo la madre quien puede proporcionarle los cuidados que la menor precisa, siendo el mayor beneficio de la menor el

criterio que debe prevalecer en los procesos en los que se dilucidan intereses de menores o incapacitados.

El dato objetivo relativo a la convivencia entre dos personas del mismo sexo, que ya pueden contraer actualmente matrimonio, no puede ser causa que justifique la revisión de la custodia de los hijos, pues fácil es colegir que esta circunstancia personal y familiar de convivencia entre personas del mismo sexo, mediando o no matrimonio, en modo alguno se entiende que afecta negativamente, *a priori*, a la prole.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, reproduce la petición planteada en la contestación y reconvencción, sobre guarda y custodia compartida, y un nuevo régimen de comunicaciones, y medidas económicas complementarias, argumentando que los hijos han tenido que adaptarse a la nueva situación de la madre, que convive con otra mujer.

Es claro que carece de justificación personal y familiar, y de fundamento legal y constitucional, la petición planteada por dicha parte recurrente, que intenta justificar el cambio sobre guarda y custodia, con respecto a lo que ya viene acordado en una sentencia anterior, de 21 de septiembre de 2005, que aprobó el convenio de 18 de julio del mismo año, en el hecho relativo a la situación de convivencia de la apelada con otra persona de su mismo sexo, máxime si tenemos en consideración que dicha situación relativa a la convivencia entre personas del mismo sexo ha sido ya refrendada legalmente, por medio de la reforma del artículo 44 del Código Civil, pues por Ley 13/2005, de 1 de julio se añade el párrafo que establece que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo.

En definitiva, el dato objetivo relativo a la convivencia entre dos personas del mismo sexo, que ya pueden contraer actualmente matrimonio, no puede ser causa que justifique la revisión

de las funciones sobre la custodia de los hijos, pues fácil es colegir que esta circunstancia personal y familiar, sobre convivencia entre personas del mismo sexo, mediando o no matrimonio, en modo alguno se entiende que afecta negativamente, *a priori*, a la prole, en mayor o menor medida que la situación referida al grupo familiar cuando la convivencia lo es entre personas de distinto sexo.

Antes bien, para acceder a la revisión de la medida relativa a la custodia se debe acreditar que la actual situación relativa a la convivencia entre personas del mismo sexo perjudica e incide negativamente en la vida de los hijos menores, con aportación de prueba concreta que acredite una auténtica y real situación personal entre, en este caso, la madre de los hijos y la persona del mismo sexo que convive con aquella, como igual obligación sobre la carga probatoria se debe cumplir cuando se pretende la revisión de la custodia respecto de la situación afectante al progenitor custodio que pueda convivir con persona de distinto sexo.

Dicho lo que antecede, antes bien, explorado el hijo, del resultado de dicha diligencia, se deduce que la situación de dichos hijos, en compañía de la madre, en la actual situación familiar y personal que vive esta última, es positiva, sin incidencia negativa alguna en el desarrollo integral de dichos hijos, de modo que no existe motivo alguno para alterar la vida de los mismos, pues no se olvide que para resolver la cuestión sobre la custodia debe tenerse siempre

presente el interés de los menores, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución, y los artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996.

El propio recurrente, a mayor abundamiento, ya advierte que los hijos se han adaptado a la nueva situación de la madre, y ni en la contestación y reconvención, ni por medio del recurso, expone alegatos fácticos probados al respecto de las circunstancias que hubieran podido justificar la admisión de la prueba pericial psicossocial que en esta alzada fue rechazada, por carecer de fun-

damento tal prueba y no ser necesaria su práctica, y teniendo en cuenta que dicha solicitud, sobre guarda y custodia compartida, solamente viene fundamentada en el hecho objetivo relativo a la convivencia de la madre con persona de su mismo sexo, lo que no constituye circunstancia que justifique la revisión de la medida acordada en su momento en el acuerdo judicialmente aprobado por sentencia de 21 de septiembre de 2005.

Por todo cuanto antecede, el recurso debe ser rechazado en su pretensión principal y aquellas otras de carácter subsidiario o complementario.

La alternativa de la custodia paterna presenta el inconveniente de ausencia de un proyecto de atención personalizada con la hija, toda vez que el padre parece delegar los cuidados y atención de ésta en otras personas.

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira**

Con referencia a la petición del padre de obtener la custodia de la hija, tampoco existen razones fundadas en derecho para apoyar la propuesta de aquel. Como pone de manifiesto el informe elaborado al efecto, la alternativa de custodia paterna presenta el inconveniente de ausencia de un proyecto de atención personalizada con la hija, toda vez que el padre parece delegar los cuidados y atención de ésta en otras personas; siendo recomendable, por tanto, que la guarda de la menor sea ejercida por la madre, si bien con la conveniencia de acudir al Servicio de Atención a la Familia con el fin de paliar el conflicto familiar existente, teniendo en cuenta las discusiones existentes entre ambas derivadas de éste. También en la diligencia de exploración

de la menor, ésta expresó su deseo de permanecer con la madre, aunque sin llegar a discutir; y explicó que el hecho de estar viviendo las dos últimas semanas con su padre y abuela, se había debido a no poder estudiar en casa de su madre por las visitas que llegaban.

En definitiva, como ya se ha reseñado, no existen razones fundadas en derecho para sustituir el criterio judicial de la instancia sobre el particular, que se ha sustentado en una valoración objetiva de la prueba obrante en autos, refrendada además por la percepción personal de la Juzgadora sobre el resultado de la exploración de la menor y, por tanto, debe mantenerse el régimen de custodia acordado en sentencia.

Se desestima la demanda de modificación de medidas pues si bien ambos progenitores son adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia, no es factible la custodia compartida al existir disparidad de criterios en cuanto a los puntos clave de la educación de las menores, dado que estas precisan de unos límites más estrictos de los que el padre ofrece. Además la relación entre los progenitores es incompatible con la armonía que se precisa en una guarda y custodia compartida.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María de los Reyes Castresana García

Interpuesta por D. Jorge demanda de modificación de medidas definitivas de la sentencia de divorcio de 17 de enero de 2.006 que aprueba el convenio regulador de 20 de octubre de 2005 —que atribuye a la madre la guarda y custodia de las menores Irati y Ane, nacidas respectivamente el 14 de octubre de 1995 y el 11 de agosto de 2000—, se dictó sentencia en la primera instancia por la que se mantiene que la guarda y custodia de las menores siga siendo ejercida por la madre, al concluir que no existe motivo alguno para proceder al cambio del régimen de custodia pactado de común acuerdo por ambos progenitores ni se han acreditado los motivos alegados por la parte actora de índole laboral de la madre y personal de las menores en torno a sus deseos de convivir con el padre de forma habitual, atendiendo a la valoración del informe psicosocial y a la audiencia de las menores.

Contra la sentencia de primera instancia se ha interpuesto recurso de apelación por el demandante D. Jorge interesando sea revocada la sentencia de instancia, al pecar de una errónea valoración de la prueba practicada, en el sentido de que fije una guarda y custodia compartida de las menores, que ya ha tenido efectividad durante los meses de septiembre y octubre de 2009 sin ningún tipo de perjuicio para las menores ni en el orden personal ni escolar, negando la causa recogida en la sentencia recurrida para denegar dicha modificación de que la relación de los progenitores es nula o conflictiva, concluyendo que la guarda y custodia compartida es el instrumento más adecuado y eficaz para satisfacer el interés superior de las dos menores en la medida de que los padres son igualmente capaces para asumir su cuidado, sin que concurra causa grave que lo impida.

Antes de analizar este motivo de apelación, con carácter previo, debemos rechazar la inadmisibilidad de la apelación invocada por la parte recurrida, en el sentido de haberse subsanado extemporáneamente (8 de septiembre de 2010) el defecto advertido en torno a la constitución del depósito necesario para recurrir, apreciado

en la diligencia de ordenación de 30 de julio de 2010, cuando la anterior resolución se le notificó el 3 de septiembre y el plazo conferido concluyó el 7 de septiembre, y ello en virtud del art. 135 de la LECn que admite la presentación de un escrito sujeto a plazo, hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, como así ocurrió según consta en autos.

Las alegaciones vertidas por la parte apelante para fundar su recurso de apelación deben ser rechazadas, confirmándose la valoración de la prueba que se efectúa adecuadamente por la Magistrada *a quo* en torno al informe psicosocial emitido el 14 de enero de 2010 por el Equipo Psicosocial Judicial de Bizkaia, y las explicaciones vertidas en el acto del juicio, en el sentido de que si bien ambos progenitores son adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia, no era factible una guarda y custodia compartida al existir disparidad de criterios en cuanto a los puntos clave de la educación de las menores, a que las menores precisan de unos límites más estrictos de los que el recurrente ofrece y a que la relación entre los progenitores es incompatible con la armonía que se precisa en una guarda y custodia compartida, así como de las diligencias de las audiencias de las menores Irati y Ane practicadas el 22 de marzo de 2010, manteniéndose la custodia a favor de la madre, atendiendo a la correcta valoración de la prueba practicada y en atención al superior interés de las menores.

Téngase en consideración que la modificación de las medidas o efectos secundarios consecuentes a la separación conyugal o al divorcio, acordadas en la sentencia correspondiente, únicamente puede tener lugar cuando se produzca una alteración seria o sustancial de las circunstancias contempladas al dictar dicha resolución, que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas o que no fueron tenidas en consideración en aquel momento, más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias y habituales en la vida familiar, con respecto a la situación fáctica que

se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o, en su caso, en la sentencia, y que exija un replanteamiento de las relaciones personales o económicas inherentes a tales medidas (arts. 90, párrafo tercero, y 91, inciso final, del Código Civil).

En particular, las medidas relativas al cuidado de los hijos en estas situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (art. 39 de la Constitución Española), del *favor filii*, procurando, ante todo, el beneficio o interés material y moral de los mismos en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. Este principio, de protección integral de los hijos, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92, párrafo segundo, 96 y 103, entre otros, del Código Civil, que debe presidir la aplicación de la ley a tales conflictos. También adquiere en estos casos singular relevancia el dictamen emitido por especialistas en la materia

(art. 92, párrafo último) y mucho más en caso de duda sobre la medida a adoptar, a los cuales el Juez debe acudir, incluso de oficio, para tomar una decisión mejor fundada. Consecuencias relevantes del principio del *favor filii* en el orden procesal o adjetivo son, por un lado, que las medidas que afectan a los hijos menores de edad, y que se derivan de una sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio, han de ser imperativamente acordadas por el Juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación, característicos del proceso civil, según se infiere de la expresión «determinará» que emplea el citado art. 91 del Cc. Por otro lado, el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, «si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años» (art. 92, párrafo segundo, Cc).

La perito judicial, poniendo de relieve en varias ocasiones al Tribunal que la niña tiene carencias de la figura paterna (incluso pregunta si su padre ya no la quiere, llegó a decir la perito), consideró incluso insuficiente el régimen de visitas fijado por la Magistrada *a quo*, por lo que procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia de la hija menor.

AP Alicante, Sec. 9.^a, Sentencia de 17 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Domingo Salvatierra Ossorio**

Reitera en esta alzada el apelante D. Humberto su pretensión de que se instaure un régimen de guarda y custodia compartida, mientras que la impugnante solicita a este Tribunal que se mantenga el régimen establecido en la instancia, pero que se suprima la visita intrasemanal, así como la pernocta del domingo al lunes en los fines de semana alternos, que el régimen vacacional del verano se distribuya para su cumplimiento en quincenas alternas, que el importe de la pensión de alimentos se eleve a la suma de 500 euros mensuales, y que se derive el asunto a los servicios municipales del Excmo. Ayuntamiento de Elche.

La Disposición Transitoria segunda de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven que dicha Ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno filiales que estén pendiente de sentencia en el momento de su entrada en vigor.

La entrada en vigor de la meritada Ley se produjo el día 5 de mayo del año en curso, siendo por lo tanto indiscutible que sus disposiciones resultan aplicables a la resolución de los recursos interpuestos en el presente proceso.

Y dispone el número 2 del artículo 5 de la Ley que, como regla general, la autoridad judicial atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos, estableciendo el número 3 del precepto citado los factores que deberán ser tenidos en cuenta para fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, esto es, la edad de los hijos, la opinión de estos cuando tuvieren la madurez suficiente y en todo caso cuando hayan cumplido 12 años, la dedicación a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y a la educación de los hijos, y la capacidad de cada progenitor, los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan, los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores, la disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menores de edad, y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

El examen de la prueba obrante y practicada en las presente actuaciones y la aplicación al caso de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven nos conducen a la estimación del recurso interpuesto por la representación procesal de D. Humberto, y como consecuencia, a la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada por la representación procesal de Dña. Virginia.

Veamos, la Magistrada *a quo* como punto de partida, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, deja expresa constancia de que no cabía ni siquiera entrar a valorar la pretensión de la parte demandada (hoy apelante) de establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, dado que, al no existir informe favorable del Ministerio Fiscal a la misma, queda vedada legalmente tal posibilidad, y no obstante ello, indica, que a la vista de los hechos que se consideran probados, no hubiese sido establecido dicho régimen, sino el que finalmente se estableció, esto es, la atribución de la guarda y custodia a la madre.

Pues bien, obra en las actuaciones informe Pericial psicológico emitido por la psicóloga Dña. Inocencia (folios 239 y ss. de las actuaciones) que realiza una valoración del grupo familiar para la valoración del grupo familiar para el establecimiento del régimen de guarda y custodia y vistas para la menor (que tras la realización de una entrevista semiestructurada individual a la madre y al padre, exploración con cada uno de los progenitores de su estructura familiar de origen, actividad laboral, historia de la pareja, implicación en el cuidado de la hija durante la convivencia, cumplimiento del régimen de visitas, análisis de la situación en la que se encuentra la menor, y entrevista abierta realizada a la menor, tasación del test del dibujo de la familia, evaluación de estado emocional de la menor, administración a la menor del inventario del percepción de los padres, e información recabada de otras fuentes —informe de centro escolar—) concluye: a) que ambos progenitores tiene suficiente capacidad y voluntad de ejercer una paternidad responsable y en este sentido se recomiendo el poder seguir compartiendo la responsabilidad sobre las decisiones que conciernen a la salud de la menor, a su educación y a su bienestar. b) Dado lo anterior sería aconsejable establecer un régimen de custodia compartida legal, pudiéndose articular a modo orientativo de la siguiente manera: cada 15 días la menor permanecerá con un progenitor, fines de semana alternos, periodo vacacional dividido por mitades, día del padre y de la madre con el progenitor que corresponda, facilitándose el contacto telefónico cuando sea requerido por la menor. c) La buena predisposición existente en la pareja aconseja que, en caso de que aparezcan diferencias o interpretaciones divergentes sobre una misma cuestión, acudan a la ayuda de un mediador familiar, que sin duda favorecería su compromiso con la hija común y redundaría en una mayor estabilidad para ésta.

En la vista del juicio la perito judicial se ratificó en el contenido de su informe, y pese a las preguntas realizadas por la Magistrada *a quo*, aquella se mantuvo en sus conclusiones, poniendo de relieve en varias ocasiones al Tribunal que la niña tiene carencias de la figura paterna (incluso pregunta si su padre ya no la

quiere, llegó a decir la perito), pareciéndole insuficiente incluso el régimen de visitas expuesto por la Magistrada *a quo* en la vista.

Expuesto lo que antecede, valorando el resultado de la prueba practicada en las actuaciones, muy especialmente el contenido y conclusiones obrantes en el informe pericial psicológico obrante en las actuaciones, convenientemente ampliado y ratificado en el plenario, informe que además ha valorado muchos de los factores del artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y teniendo en cuenta que la excepcionalidad desde la entrada en vigor de la Ley la constituye el establecimiento de un régimen de convivencia a un sólo progenitor, procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia

de la hija menor, sin que apreciemos razones, ni factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional.

De esta forma cada progenitor deberá hacer frente a los gastos ordinarios de la menor Gema durante el período que con ella convivan, haciendo frente por mitad los gastos escolares y a los gastos extraordinarios que se le originen.

En consecuencia, siendo ya innecesaria la resolución de la impugnación de la sentencia interpuesta por la representación procesal de Dña. Virginia, también en cuanto a la pretensión de derivación del asunto a los servicios sociales municipales del Ayuntamiento de Elche dadas las explicaciones que al respecto ofreció la perito y por ende, a la inconsistencia de los motivos que se aducen en el recurso, lo que nos conduce, en definitiva, a la revocación parcial de la sentencia dictada en la instancia.

La preferencia paterna en la custodia se basa en motivos de permisividad educativa y por ello no se accede al cambio de custodia.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Margarita Blasa Noblejas Negrillo**

Nos encontramos con que la sentencia de separación de 29-5-2001, la cual aprobó un convenio regulador, otorgó la guarda y custodia del hijo, que entonces contaba con apenas dos años, a la demandada, estableciéndose una pensión alimenticia a cargo del padre de 150,25 €. En la demanda origen de las presentes actuaciones, éste alegaba como fundamento de su pretensión que había notado que el menor no estaba bien en el aspecto físico de aseo y cuidado personal y moral, que no estaba a gusto viviendo con la madre. Pues bien, del informe del SATAV de 4-3-2009 se desprende que es cierto que el menor tiene preferencia paterna, pero por motivos de permisividad educativa, teniendo preferencia por la madre en el aspecto afectivo por su vinculación con la misma. Entiende que el proyecto custodio del padre está basado en un deseo del hijo y en el cariño que él siente por el niño, pero

prioriza su interés como padre en contra de la madre; que esta demanda nace de una perspectiva propia y no desde una objetivación y contemplación amplia que cubra las necesidades del hijo; nula vinculación de éste con la pareja del padre; el cambio que supondría de contexto social y escolar, son aspectos que aquél no percibe como de difícil aceptación por el hijo, presentando poca plasticidad en cuanto a adaptarse a las visitas intersemanales. Concluye que el menor está bien atendido por la madre, aunque necesita de ayuda terapéutica, así como ésta por las dificultades laborales y económicas actuales, en tanto que el padre no presenta un proyecto de custodia firme en la actualidad como para garantizar una minimización en el impacto de cambio de guarda, ya que se observan unas funciones parentales periféricas. Si ello es así, no podemos sino confirmar la sentencia en este particular.

RÉGIMEN DE VISITAS

No debe restringirse el régimen de visitas por el hecho de en el curso de las mismas otras personas auxilien al padre en el cuidado de sus hijos.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

El artículo 94 del Código Civil establece que el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas, y que podrá limitarlo o suspenderlo si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen, o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. En consecuencia sólo la concurrencia de circunstancias graves pueden determinar la limitación o suspensión del régimen de visitas pues como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1992 este régimen se establece a favor no sólo del padre sino también de los hijos, ya que el derecho de visitas constituye continuación o reanudación de la relación paterno filial, «evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos», argumento sólidamente establecido que sólo cede como el propio fundamento de derecho subraya «en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo», pues, como hemos declarado en otras ocasiones el régimen de visitas y estancias con sus hijos del progenitor a quien no se atribuya su guarda y custodia como consecuencia de la ruptura matrimonial, no tie-

ne otra finalidad que la de posibilitar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, fundamentalmente el que contempla el artículo 154.1 del citado Código, buscando que aquella ruptura no conlleve necesariamente la desvinculación del hijo del progenitor a quien no se atribuya su guarda permanente, propiciando de tal modo el contacto paterno-filial.

En el presente caso, no resulta motivo alguno que se oponga a que la comunicación sea intensa, amplia y habitual, lo que resulta lo más adecuado para la formación y desarrollo del menor, sin que pueda tampoco restringirse el régimen de visitas por el hecho de en el curso de las mismas auxilie al padre en el cuidado de sus hijos otras personas, sin que pueda estimarse acreditado que la relación con estas personas, intensa, no solo desde la separación matrimonial sino desde el mismo momento del nacimiento de los hijos, pueda estimarse perjudicial para los menores habiéndose afirmado por la madre en el acto del juicio que el menor ha mejorado ostensiblemente sin que se hayan reducido el contacto con José y Mari, como declaró ésta en el acto de la vista.

Al haber sido la madre quien, de modo unilateral y a su conveniencia, decidió trasladar su domicilio y el de los menores a Santander, los inconvenientes de la distancia deben ser soportados en régimen de igualdad por los progenitores, por los que será la madre quien, finalizado el régimen, los recoja del domicilio paterno.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés-Solís Cecchini**

La única cuestión sometida a nuestro conocimiento hace referencia a la recogida y entre-

ga de los menores; el recurrente solicita que se divida por mitades los desplazamientos de

los progenitores y en consecuencia que sea la madre quien recoja a los niños en el domicilio paterno el día que termine la visita de fin de semana, correspondiendo al padre recogerlos en Santander para iniciar la visita.

Estima el recurrente que al haber sido la madre quien, de modo unilateral y a su conveniencia, decidió trasladar su domicilio y el de los menores a Santander, los inconvenientes de la distancia deben ser soportados al menos en régimen de igualdad por los progenitores, sin que sea el padre quien cuando le corresponde el fin de semana con sus hijos recorra cuatrocientos kilómetros para llevar a efecto las visitas, dividiendo entre los progenitores por mitad y recogiendo los menores el padre para iniciar el fin de semana, haciéndolo la madre para terminarlo.

La parte apelada considera que el padre, con anterioridad, se veía obligado a desplazarse desde Basauri hasta Bilbao, lo que llevaba un tiempo de aproximadamente media hora; a Santander le supone una hora, si bien reconoce que el kilometraje es muy superior. En consecuencia solicita que mantengamos el sistema actual siendo el padre quien peche con todos los desplazamientos para llevar adelante el régimen de visitas.

Es incuestionable el derecho que a la madre asiste para desplazar su residencia a un punto distinto del que inicialmente tenía, en este caso a Santander; pero es de sentido común que la nueva situación, creada por la madre unilateralmente debe afectar por igual a los dos progenitores. Y en tal sentido es de estimar el recurso, repartiendo los desplazamientos entre los dos progenitores.

El régimen de visitas se fijó en función de las circunstancias laborales del padre, bombero de profesión, por lo que aunque pueda entrañar ciertos inconvenientes no procede su modificación.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Mercedes Guerrero Romeo**

La actora pretende se concrete el derecho de visitas y comunicación paterno filial contenido en el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación de los progenitores. Explica que el régimen quedó condicionado por el horario y obligaciones laborales del padre, bombero de profesión, cuando el padre trabaja en un día que le corresponde visitas las menores quedan en compañía de la madre. Las causas por las que solicita la modificación son los incumplimientos reiterados del padre para cumplir las visitas, provocado por los horarios laborales, y la incorporación de la recurrente al mercado de trabajo, por lo que no puede estar a disposición de los horarios del progenitor. Solicita un convenio regulador sin ambigüedades en el régimen de visitas proponiendo una redacción similar a la de cualquier convenio donde se determinen los días y horas en los que comienza y finaliza el régimen de visitas, con expresa indicación que en caso de que el padre no pueda acudir a recoger o entregar

a los hijos menores, podrá cualquier persona de su confianza efectuar dicha entrega o recogida.

Analizado el Convenio la Sala considera que fija con claridad los días en que el padre puede estar en compañía de los hijos menores, estableciendo la salvedad de que los días de visita semanal en que el padre trabaje sean pasados al día libre siguiente. En relación a los fines de semana, que dadas las obligaciones laborales del padre y el régimen de trabajo a turnos de prestación laboral convienen los cónyuges que se suspenda el régimen de visitas en fin de semana cuando el padre haya de trabajar un sábado o domingo que le corresponda tener a sus hijos en su compañía, en el entendido de que podrá tenerlos el sábado si sólo trabaja el domingo o el domingo si solo trabaja el sábado.

Afirma la recurrente que ha accedido al mercado laboral, pero esta circunstancia en sí misma no justifica la modificación del régi-

men de visitas pactado un año antes de mutuo acuerdo por las partes. Aunque la Sra. Cándida trabaje suponemos que puede hacerse cargo de sus hijos aquellos sábados o domingos cuando también trabaje el progenitor. La circunstancia alegada pudo preverse cuando se firmó el convenio, no nos parece lo suficientemente relevante para modificar el convenio firmado un año antes.

Tampoco queda acreditado que el progenitor haya incumplido el régimen de comunica-

ción o que no comunique los cambios de horarios cuando sean debidos a la alteración de los turnos de trabajo. El Sr. Urbano cuenta con el apoyo de su madre, abuela de las niñas, quien perfectamente puede encargarse de recoger a las niñas o estar con ellas caso que no puede hacerlo alguno de los progenitores. En todas estas circunstancias observamos que falta comunicación entre una y otra parte y que la Sra. Cándida deberá ponerse de acuerdo con el progenitor para que el régimen de comunicación funcione.

Supresión de las visitas establecidas a favor de la abuela, pues las menores han manifestado de forma expresa su rechazo a comunicarse con ella y no de forma arbitraria o caprichosa —las menores impresionan por su madurez—, sino por la rememoración de las situaciones negativas vividas durante el tiempo que estuvieron bajo su guarda de su madre.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Belén Iracheta Undagoitia**

Por D.ª Mercedes se aduce, para justificar la discrepancia con la supresión del derecho de visitas de las menores que se le reconoció en la sentencia de divorcio, que no se ha demostrado un cambio de circunstancias que justifique el cambio de criterio, que la relación entre la abuela y las menores es de recíproco afecto y que el art. 160 CC reconoce el derecho de los abuelos a comunicarse con sus nietos.

Ciertamente el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos esta reconocido bien que implícitamente en el art. 160.2 CC —«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados», en su redacción conforme a la reforma operado por la 21/1987 de 11 de noviembre—, y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha reconocido el derecho de comunicación entre los menores y sus abuelos y ha afirmado que tal relación es beneficiosa para los menores entre las que cabe citar las SSTS 23 de noviembre de 1999 y 11 de junio de 1998 y las que a su vez se citan en estas. Pero el derecho de visitas no tiene un carácter absoluto pues, como se declara en la última sentencia citada, «El derecho de visitas ha de ceder ante los

supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto».

En el caso, la prueba practicada acredita que actualmente D.ª Gabriela vive con D.ª Mercedes, convivencia que no existía cuando se dictó la sentencia de divorcio, y que con ocasión de las visitas de las menores a la abuela materna la Sra. Gabriela se relaciona con las menores eludiendo el cumplimiento de la exigencia que se le impuso en la sentencia de divorcio para el ejercicio de visitas, a lo que se añade que en tales visitas la abuela reprocha a las menores su proceder respecto a su hija y madre de las niñas, generando tales visitas estados de angustia y ansiedad en las menores que es perjudicial para las mismas.

De otro lado, las menores han manifestado de forma expresa su rechazo a comunicarse con su abuela y no de forma arbitraria o caprichosa —las menores impresionan por su madurez—

sino por su apoyo a D.^a Gabriela y la rememoración de las situaciones negativas vividas durante el tiempo que estuvieron bajo su guarda de su madre.

El establecimiento de un sistema de visitas, entre el progenitor no custodio y los tres hijos comunes, de dos tardes intersemanales —martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas—, puede distorsionar el régimen de vida de los niños, dada la corta edad y repercutir negativamente en su rendimiento escolar y en la organización y distribución de sus tiempos de estudio y de juego.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 19 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García**

El establecimiento de un sistema de visitas, entre el progenitor no custodio y los tres hijos comunes, de dos tardes intersemanales —martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas—, además de los fines de semana alternos y de la mitad de los períodos vacacionales, puede distorsionar el régimen de vida de los niños, dada la corta edad de los mismos (Joaquín, José Antonio y Mercedes nacieron en 2001, 2003 y 2006 respectivamente), y repercutir negativamente en su rendimiento escolar y en la organización y distribución de sus tiempos de estudio y de juego. Las relaciones y contactos de los hijos con su padre son beneficiosas y necesarias para la potenciación de lazos afectivos y el desarrollo íntegro y equilibrado de su personalidad; sin embargo,

tales relaciones han de compatibilizarse con las obligaciones escolares de los menores, con sus horarios y con la rutina de sus actividades diarias. Por ello, y aunque comporte un sacrificio para el padre, las visitas intersemanales en períodos no vacacionales han de reducirse transitoriamente y mientras los menores sean pequeños, a una sola tarde desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas, hora prudencial de reintegro de los menores al domicilio familiar y que no resulta perjudicial para los mismos pues les permite bañarse, cenar e incluso concluir sus tareas escolares; tal reducción, basada en la idea de atender el interés de los propios niños, constituye una medida instada por la madre y que, a buen seguro, será comprendida y aceptada por el padre.

VIVIENDA FAMILIAR

Es posible vía administración de bienes establecer pronunciamientos sobre el uso de la segunda residencia del matrimonio, y en este caso lo más conforme a derecho es otorgar la administración para su uso a cada litigante por años alternos.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La tercera petición de la parte apelante consistente en que se otorgue el uso y disfrute del vehículo común Mercedes D-....-DS a la actora

imponiendo al demandado la puesta a disposición de esta la correspondiente documentación y llaves del mismo no puede tener favorable

acogida, pues no ha quedado probado por la parte demandante y actualmente apelante motivo alguno para acceder a dicha petición.

En contra de lo que se afirma en la sentencia de primera instancia en la sentencia de divorcio es posible vía administración establecer determinación sobre la segunda residencia del matrimonio. Pero ello no implicará acceder íntegramente a la cuarta petición de la parte apelante, pues el demandado D. Héctor también tiene derecho a la utilización del apartamento

de Oliva. Por ello lo más conforme a Derecho es otorgar la administración para su uso a cada litigante por años alternos.

Dada la gran disparidad de ingresos existente entre los litigantes no es conforme a Derecho que las cargas del matrimonio como el IBI y los seguros de la vivienda sean abonados al 50% y procede por lo tanto revocarlo y acordar que el demandado abone el 70% y la demandante el 30% y ello sin perjuicio de su repercusión en la liquidación de la sociedad de gananciales.

En el procedimiento matrimonial no puede acordarse el uso de los bienes gananciales por años alternos a cada uno de los ex cónyuges, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que tengan como partícipes de la comunidad post-matrimonial, en su caso, a dirimir en el proceso que corresponda.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaro Lazcano

Al amparo de lo dispuesto en el art. 96 párrafo 3.º del Código Civil el uso de los bienes a que se refiere el párrafo 1.º de dicho precepto, al no haber hijos se acordó que correspondiera por años alternos a cada uno de los ex cónyuges, hasta la liquidación de la sociedad legal de Gananciales, extinción del condominio o venta del bien. El artículo se refiere a la atribución al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En este supuesto no existe cónyuge no titular, así como tampoco consecuentemente que su interés fuera el más necesitado de protección. Ambos se encuentran en las mismas circunstancias económicas, para el supuesto de que aplicáramos el precepto a bienes gananciales no liquidados. Dicho bien inmueble entró a formar parte de la «Comunidad post-matrimonial», no pudiendo ser objeto

de medida definitiva alguna ni en la sentencia de separación, ni en la de divorcio, teniendo sobre la misma ambos copropietarios (él y ella) los derechos que corresponden a dos condueños en una comunidad de bienes.

El esposo recurre pidiendo que no se acuerde nada, o que puedan convivir los dos en el mismo domicilio. Ella se opone al uso común por el peligro que ello podría suponer, manifestando que el piso ya había sido puesto a la venta por acuerdo de ambos.

Consideramos que en este procedimiento matrimonial no puede adoptarse el acuerdo impugnado, sin perjuicio de los derechos y obligaciones correspondientes a los dos esposos como partícipes de la Comunidad Post-matrimonial, en su caso, a dirimir en el proceso que corresponda.

Si bien es cierto que en agosto de 2007 se produjo una desocupación de la vivienda familiar también lo es que fue con carácter transitorio y provisional tras el fallecimiento de la madre de la esposa y la necesidad de cuidado, atención y apoyo a su padre de 77 años de edad que sufrió una fuerte depresión, sin que en ningún caso se constate una voluntad de abandonar definitivamente la vivienda.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

Contra la sentencia dictada en el presente procedimiento de modificación de medidas, se alza la representación procesal del actor Sr. César en base, esencialmente, a una errónea valoración o apreciación de la prueba practicada en lo que respecta tanto al pronunciamiento por el que se mantiene a favor de la Sra. Miriam y sus hijos menores de edad el uso y disfrute de la vivienda que fue familiar sita en la calle (...) n.º (...). (...) de la localidad de Los Palacios, como el referido a la pensión de alimentos establecida a favor de los menores de referencia; interesando su revocación, con extinción o supresión del uso y disfrute de la precitada vivienda otorgado en su día o subsidiariamente se le otorgase al ahora apelante el mismo dada su situación de desamparo, así como se suspendiese la prestación de alimentos en el período comprendido entre abril de 2007 a junio de 2008 ante el impago de nóminas por parte de la demandada y empleadora Sra. Miriam.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida al mantenimiento de la atribución del uso y disfrute de la vivienda que fue familiar a favor de la Sra. Miriam y sus hijos menores de edad; lo cierto es, que habrá de analizarse en el caso de autos si realmente se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron la fijación de aquella medida y cuya extinción se pretende. En este sentido, conviene precisar, no solo que en virtud de sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Utrera con fecha 16 de junio de 2006 que aprobaba el convenio regulador suscrito por ambas partes hoy litigantes, se otorgó el uso y disfrute de la vivienda que fue familiar sita en la calle (...) (...). (...) de Los Palacios a

la Sra. Miriam y los menores de edad habidos durante el matrimonio, sino que tal uso y disfrute corresponde básicamente a los hijos y tiene un carácter protector de los mismos en base a lo establecido en el art. 96 en relación con el art. 90 ambos del C. Civil, tutelándose los intereses de aquellos como más necesitados de protección y sin que puedan ser mermados por la crisis matrimonial. Así las cosas, si bien es cierto, que en agosto de 2007 se produjo una desocupación de la vivienda de referencia; también lo es, que la misma se produjo con carácter transitorio y provisional tras el fallecimiento de la madre de la demandada y la necesidad de cuidado, atención y apoyo a su padre de 77 años de edad que sufrió una fuerte depresión como consecuencia de la muerte de su esposa (en ningún caso se constata una voluntad de abandonar definitivamente la vivienda por parte de la precitada Sra. Miriam quien dejó en su interior el mobiliario, ropas y enseres personales tanto de ella como de los hijos menores de edad y continuó abonando el IBI de los años 2007 y 2008 y las correspondientes facturas de electricidad, agua y teléfono hasta abril de 2008, pese a la ocupación unilateral de dicha vivienda por el ahora apelante Sr. César sin consentimiento y en contra de la voluntad de aquella que la recuperó en virtud del lanzamiento acordado en autos de ejecución 692/08 tramitados ante el mismo Juzgado). De ahí, que asignada la guarda y custodia de los menores habidos durante el matrimonio a su madre y demandada con atribución del uso y disfrute de la vivienda de referencia y no apreciándose que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en tal atribución (reiteramos, que no nos encontramos ante unos supuestos de desocupación o abandono

definitivo de la vivienda o de inexistencia de necesidades familiares) procede asumir la apreciación valorativa y fundamentación jurídica reco-

gida por la Juez *a quo* en la resolución recurrida y desestimar la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto.

No se accede a la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar ya que si bien la esposa solo la utilizó durante los fines de semana y vacaciones, este era el mismo uso que se hacía cuando surgió la crisis de la pareja ya que aquella, por motivos laborales, debe residir durante la semana en otra vivienda.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós**

Alega el recurrente que, tal y como dijo en su demanda, el domicilio familiar en el momento de la firma del convenio del divorcio no era el de (...) (...) de Lecñena, únicamente utilizado por D.ª Ángeles los fines de semana, vacaciones y festivos, sino el de la C/ (...), en Zaragoza, viviendas ambas propiedad de D.ª Salomé, su madre, y que, siendo ello así, no siendo la vivienda de Lecñena el domicilio habitual de quien ostenta el uso, debe dejarse sin efecto la atribución recurrida.

Fue el actor, sin embargo, quien admitiendo en el convenio regulador del divorcio el carácter de vivienda familiar concurrente en la vivienda de Lecñena, convino con su esposa la atribución de su uso a esta. Y, por su parte, Ainhoa, hija de los contendientes, manifestó que, separados de hecho ambos progenitores muchos años antes de su divorcio en 2008, su padre vivía

en la casa de Lecñena y su madre, de lunes a jueves, por razones laborales, en Zaragoza, C/ (...) n.º (...) (...), piso (...), puerta (...), acudiendo a Lecñena, la vivienda familiar, en fines de semana y festivos; que su padre, al entablar una nueva relación, dejó esa vivienda; y que las circunstancias de su madre, en todo lo que se refiere al tema objeto de controversia, son exactamente las mismas que se daban con anterioridad al divorcio.

No cabe, pues, apreciar la alteración de circunstancias que es presupuesto de la modificación solicitada y cuya prueba era carga que pesaba sobre el actor, por lo que el recurso debe ser en este punto desestimado, al margen de la acción de nulidad que el Sr. Eulogio pueda ejercitar con base en los vicios del consentimiento que pudieran haber afectado la firma del convenio.

Debiendo fijarse un límite a la atribución del uso de la vivienda familiar se establece hasta que el hijo cumpla 25 años.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós**

La sentencia de instancia atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo que queda bajo su guarda, hasta que éste alcance la independencia económica respecto de sus padres. Y señala a favor del hijo una pensión por alimentos de 300 euros mensuales —la mención

que en la parte dispositiva se hace a una pensión compensatoria por ese importe es errónea y ha de quedar en este sentido salvada—, pronunciamientos frente a los que se alza el demandado, que solicita que la atribución del uso de la vivienda familiar se limite temporalmente,

tal y como dispone la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, y que la pensión señalada se reduzca a 150 euros al mes.

La actora, por su parte, recurre la inclusión en el ámbito de la pensión ordinaria de los gastos de matrícula y libros para cursar los estudios universitarios del hijo, solicitando se declare que ambos gastos son de carácter extraordinarios, a asumir por ambos progenitores por mitad e iguales partes.

El art. 7.3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, dispone que «La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia». Y en esa tesitura consideramos adecuada la fijación de ese límite en el cumplimiento de sus 25 años por el hijo, habida cuenta de su edad, la duración de la carrera que proyecta iniciar y el tiempo en que razonablemente cabe entender que logrará su independización económica.

La asignación de la vivienda a su propietario en modo alguno supone desproteger los derechos de la menor que tiene cubiertas sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre sin que tal medida suponga infracción de clase alguna de lo dispuesto en el artículo 96 del CC.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se restituya a la hija menor en el derecho de uso sobre la vivienda familiar junto con su madre como progenitor custodio y alega entre otras cuestiones que el uso de la vivienda familiar debe corresponder a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y recuerda que la protección del interés de los menores resulta independiente de quién sea titular de la vivienda familiar, y significa que la vivienda cuenta con 36 metros cuadrados concluyendo que se trata de mantener a los menores en su entorno habitual.

Reseña que el Sr. Eusebio contrató una ampliación de la hipoteca solicitando más dinero en Escritura de 28 de junio de 2006, con posterioridad a la separación recordando que el domicilio familiar se encontraba gravado al tiempo de la separación con una hipoteca en garantía del préstamo en su día solicitado para su adquisición pero el mismo tan solo suponía una cuota al mes de 616,66 euros. Y refiere que el Sr. Eusebio tiene un rendimiento neto en el año 2008 de 64.885,96 euros.

Por su parte Don Eusebio pide que se revoque la sentencia en cuanto al aumento de la cantidad que en concepto de pa debe pasar el padre a la hija y alega entre otras cuestiones que la Sra. Eva María no disponía de un trabajo estable y significa que la misma dispone de un contrato de trabajo indefinido desde el 1 de octubre de 2004 y recuerda que por parte de ella se adquirió en el año 2008 una vivienda en Madrid que consta de un salón, dos habitaciones, cocina y baño a escasos 500 metros de la que habita, y concluye que los gastos de la menor ascienden a 591,80 euros, incluido el comedor y clases extraescolares.

Por su parte el MF pide que se revoque la sentencia manteniendo el uso de la vivienda a favor de la hija y la progenitora en cuya compañía queda y señala que se evita así la peregrinación domiciliaria.

Se cuestiona en primer lugar el uso de la vivienda familiar.

La cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los arts. 90 y 91 *in fine* del CC, en lo que concierne al uso de la

vivienda y la pensión de alimentos, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia dictada en anterior pleito matrimonial de separación de 6 de febrero de 2004.

Y es lo cierto que existen cambios esenciales, transcurridos más de 6 años desde aquel entonces debiendo recordar a estos efectos que la vivienda en cuestión propiedad del interesado al haberla adquirido en virtud de contratación de 30 de enero de 2001, tiene una dimensión aproximada de 108,85 metros cuadrados. Sobre ella se constituye una hipoteca en fecha 28 de junio de 2006, que supone para el demandante una cuota mensual de 1.126,56 euros.

Debemos recordar que el interesado tiene nóminas que ascienden a 2.969,31 euros presentando en la declaración fiscal del año 2008 un rendimiento neto de 62.233,96 euros, y aportándose también su contrato de arrendamiento de 481 euros.

Cierto también que la progenitora custodia adquiere una vivienda de 36 metros cuadrados y sobre la misma se constituye hipoteca en fecha 5 de septiembre de 2008 que supone una cuota de 506,55 euros al mes, percibiendo por su trabajo 1527,67 euros al mes y teniendo en este caso un rendimiento neto en su declaración fiscal del año 2008 de 22.470,79 euros.

Por consiguiente, se aprecia la existencia de cambios esenciales y fundamentales, como lo constituye la adquisición por parte de la madre de una vivienda en la que habitar con la hija menor, la actividad laboral de aquella que le suponen unos ingresos mensuales superiores a los

1500 euros y la merma de disponibilidad económica del recurrido e impugnante al abonar una cuota superior por la ampliación de la hipoteca que representa una carga mensual que supera los 1.000 euros.

De esta forma la Sala entiende que la asignación de la vivienda a su propietario en modo alguno supone desproteger los derechos de la menor quien cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre sin que tal medida suponga infracción de clase alguna de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, cuyas últimas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales contemplan y propugnan la flexibilidad propia de aquella atribución de la vivienda familiar, ya sea ésta ganancial o privativa, siempre que, como es el caso que nos ocupa, las necesidades de satisfacción del alojamiento de los menores queden cumplidamente cubiertos con otras medidas u opciones diferentes a la clásica asignación del artículo 96 del citado texto legal. Ello conlleva el rechazo del recurso que se plantea y determina la confirmación de la sentencia recurrida, que por lo demás ha de ser mantenida también en lo tocante al aumento de la pensión alimenticia de la hija común, si tenemos en cuenta que la obligación del padre de abonar los alimentos de la común descendiente se fijó, en su momento, en aquella cuantía valorando, entre otros datos, elementos y condicionantes, la repercusión económica que implicaba aquella medida y la contribución a los alimentos que suponía dejar el uso de la vivienda privativa del padre a favor de la hija común y de la progenitora custodia. En este sentido, recobrada la vivienda por el padre —quien por ello de abonar renta alguna por el alquiler de vivienda— es pertinente aquella compensación pecuniaria en los alimentos de la hija menor, cómputo éste que en modo alguno se ve desvirtuado por los recursos actuales de la madre, dada su actividad laboral, en cuanto la progenitora custodia también contribuye a los alimentos de la menor con la dedicación y atención diaria al cuidado de la hija, todo ello en los términos del artículo 103, ss. y concordantes del CC, todo lo cual determina en este punto el rechazo de la impugnación formulada y conlleva la confirmación de la sentencia recurrida.

No se atribuye a la madre el uso de la vivienda toda vez que el padre, antes del inicio de la relación, ya residía en la misma en unión de otro hijo menor fruto de una anterior relación.

AP Alicante, Sec. 6.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Cristina Trascasa Blanco**

Tampoco puede ser acogido el recurso en la parte en que reitera la solicitud de que, en interés del hijo común se atribuya al mismo y a la demandante el uso del domicilio familiar.

Si bien y como indican las resoluciones de esta Sala, Auto de 20 de septiembre de 2001, y Sentencias de 18 de noviembre de 2002, con apoyo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de enero de 1996, en una situación de ruptura de la convivencia no matrimonial se ha de estimar, conforme al artículo 4.1 del Código Civil, plenamente aplicable el artículo 96 del mismo Cuerpo Legal, a cuyo tenor, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y cuyo fundamento estriba en la necesidad de proteger a los hijos comunes y en el intento de que el conflicto de los progenitores afecte en la menor medida posible a los hijos de modo que estos no se vean obligados

a cambiar sus hábitos, sus relaciones y régimen de vida por causas ajenas a su voluntad, lo que resulta sumamente perturbador en su desarrollo psicosocial; sin embargo en el caso de autos, y aun cuando se trata de procurar, en lo posible, el bienestar de un niño de cuatro años de edad, se da la circunstancia impeditiva a la operatividad del mencionado precepto de que el demandado, como propietario de la vivienda familiar, venía residiendo en la misma y antes de iniciar su convivencia con la actora, con otro hijo habido de una relación anterior y que cuenta también con solo ocho años de edad, extremo éste de enorme relevancia a la hora de adoptar en el supuesto que se revisa la decisión que ahora se impugna y en tanto en cuenta la misma había de atender también y hacer, en última instancia, prevalente, el interés de este menor a permanecer en el que siempre y antes de la nueva relación sentimental mantenida por su progenitor con la demandante, ha sido, y hoy por hoy sigue siendo, su hogar.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La llegada de un nuevo hijo, producto de una relación posterior, es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para modificar la pensión alimenticia, por cuanto que todos los hijos son beneficiarios de la obligación legal de prestar alimentos que el padre tiene, la cual goza incluso de respaldo constitucional.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Sentencia de 30 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María de los Reyes Castresana García**

El demandante D. Hipólito ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia, que además de acordar el di-

vorcio del matrimonio contraído con D.^a Angélica, mantiene las medidas definitivas acordadas en convenio regulador de 8 de junio de 2001 aproba-

das judicialmente, salvo las modificaciones que precisa del régimen de comunicación paternofamiliar en periodo vacacional.

La parte apelante interesa en esta alzada que se recoja en el régimen de visitas paternofamiliar el acuerdo a que llegaron los progenitores respecto a los puentes, y se modifique la cuantía de la pensión alimenticia en su día fijada para la menor Malena, nacida el 21 de mayo de 1998, en el sentido de que se aminore a la cantidad de 250 euros mensuales más gastos extraordinarios, y se declare que la mencionada pensión finalizará cuando la hija alcance independencia económica o cumpla los 25 años de edad. Alega que se ha incurrido en error en la interpretación y valoración de las pruebas por la Magistrada de Instancia, y, en síntesis, insiste en que de lo actuado y probado puede concluirse que concurren las circunstancias fácticas por él invocadas al objeto de obtener la reducción de la obligación alimenticia a su cargo, cuales son, de un lado, el nacimiento de dos hijos, que la demandada ha accedido al mercado laboral, y una reducción de ingresos del apelante al abandonar la concejalía del Ayuntamiento de Getxo en comparación con los que fueron tenidos en consideración cuando se cuantificó el importe de la pensión alimenticia.

El recurso de apelación interpuesto debe ser estimado parcialmente por esta Sala, atendiendo al nuevo examen y valoración de la prueba practicada y obrante en las actuaciones, lo que nos lleva a rebajar la cuantía de la pensión de alimentos que debe abonar su padre a su hija Malena en la cantidad de 360 euros mensuales, manteniendo el resto de lo acordado en la Estipulación Tercera del convenio regulador de 8 de junio de 2001 (que fijaba una pensión de alimentos en la cuantía de 450 euros, que hoy actualizada asciende a 535 euros), por considerar que concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la modificación de la pensión alimenticia fijada en el convenio regulador y aprobada por sentencia de separación de 5 de julio de 2001, como son el nacimiento de sus dos hijos Asís y Ayala, nacidos el 17 de julio de 2003 y el 22 de septiembre de 2004, unido a la ruptura familiar con su compañera D.^a Pilar, y la fijación como pensión de alimentos a cargo del

apelante y a favor de sus hijos los menores de 175 euros y 250 euros, en total 425 euros según resolución judicial de 24 de enero de 2.007, y, en menor medida, el que D.^a Angélica se ha incorporando con carácter permanente al mercado laboral desde el 21 de mayo de 2001.

En la rebaja de la cuantía de la pensión alimenticia sí se ha apreciado, como modificación sustancial de las circunstancias previstas in fine del art. 91 del Código Civil:

Primero y fundamentalmente, el nacimiento de los dos hijos Asas y Ayala del apelante, progenitor alimentante, que conlleva un incremento de los gastos y una reducción de los medios económicos disponibles. No cabe duda que, en principio, el nacimiento de un nuevo hijo es por tanto factor relevante a la hora de minorar el importe de pensiones alimenticias de otros hijos anteriores. Pero debe tomarse en consideración los intereses en juego, y, entre ellos, los ingresos y recursos económicos del alimentante, siendo que, en el caso examinado, está demostrado que la presente demanda de modificación de alimentos se ha promovido en el año 2009, a raíz de la ruptura de su segunda relación sentimental. Es cierto que el apelante mantiene sus ingresos económicos en el IMQ habiendo declarado en el año 2007 unos ingresos brutos de 54.612,32 euros y en el año 2.009 unos ingresos brutos de 62.037,37 euros,

Decíamos en nuestra Sentencia de 20 de diciembre de 2006: «En cuando a la llegada de un nuevo hijo, producto de una relación posterior, es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para modificar la pensión alimenticia, por cuanto que todos los hijos son beneficiarios de la obligación legal de prestar alimentos que el padre tiene, la cual tiene incluso respaldo constitucional (art. 39 CE), constituyendo la gestación de un nuevo hijo una carga que no pudo considerarse a la fecha del convenio y que es obligado atender contra los mismos ingresos en virtud de los cuales se calcularon en aquél momento las obligaciones del cónyuge, particularmente las alimenticias.

Este Tribunal tiene dictada doctrina en ese sentido; y así, en nuestra sentencia de 11 de julio de 2002, decíamos:

«PRIMERO. Entiende la Sala que el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un ineludible incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles (arts. 154.1, 147 y 92 CC), constituye una alteración de las circunstancias que puede ostentar aptitud para justificar la modificación de la prestación judicialmente acordada en favor de los descendientes habidos del matrimonio que fue objeto de separación o disolución.

En este sentido se debe tener en cuenta, por un lado, que cualquier persona, no obstante haber tenido un fracaso matrimonial (o de relación personal), y aunque del mismo deriven obligaciones paterno-filiales, tiene el derecho de rehacer su vida y, si así lo desea, traer al mundo nuevos hijos, sin que tal derecho pueda impedirse, ni tan siquiera limitarse, por la existencia de anteriores hijos, y, por otro, que no cabe la más mínima duda de que teniendo una persona varios hijos, todos ellos tienen los mismos derechos de alimentación, vestido, educación, etc. (art. 39 CE).

El argumento maximalista de que un nuevo o nuevos nacimientos no pueden perjudicar los derechos adquiridos por el hijo o hijos anteriores carece de cualquier base jurídica y supone una flagrante discriminación para los hijos nacidos de la nueva relación».

Segundo, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 145 del Código Civil, al que se remite el art. 93 del mismo Texto Legal, la demandada D.^a Angelica, madre de Malena, puede contribuir económicamente a hacer frente a las necesidades de su hija, nacida el 21 de mayo de 1998, que cuenta con la edad de 13 años, puesto que la Sra. Angélica, si bien estuvo contratada en breves periodos durante el tiempo que medió desde el nacimiento de su hija, es incuestionable que desde el 21 de mayo de 2.001 se encuentra trabajando para Elecnor, SA, precisándose que la demanda de separación se promovió en abril de 2001 y el convenio regulador de la separación se firmó por los cónyuges el 8 de junio de 2001, y que ha obtenido ingresos brutos en el año 2008 de 37.856,76, en el año 2009 de 38.840,56 euros y en el año 2.010 de 42.134,90 euros.

La determinación del número de personas que convivan en el domicilio de la madre, o el hecho de que esta tenga una relación sentimental con otra persona, no puede tener relevancia para la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

El artículo 91 del Código Civil permite la Modificación de las Medidas fijadas en las Sentencias de nulidad, separación o divorcio, o bien las convenidas por las propias partes, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias contempladas al establecerlas. De este precepto puede deducirse que con carácter general las medidas adoptadas son invariables una vez fijadas y sólo excepcionalmente podrán modificarse si se producen alteraciones importantes con respecto a la situación que se tuvo en cuenta a la hora de establecerlas, recayendo la carga de la prueba sobre aquél que afirma el cambio sustancial que justifica la modificación. En el presente caso, tras el examen y valoración de lo actuado

en la primera instancia y de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino compartir el criterio de la sentencia apelada estimando que no ha quedado acreditada una alteración sustancial de la circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de fijación de la cuantía de la pensión alimenticia y sin que pueda estimarse justificada la práctica de la prueba propuesta por cuanto que como se declaró en el acto de la vista la determinación del número de personas que convivan en el domicilio de la demandada, o el hecho de que esta conviva con otra persona, no puede tener relevancia para la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia.

No constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.^a, Auto de 27 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy**

En orden a la pretensión de ejecución de carácter económico, no existe controversia en que:

1. La cantidad que la Sra. Natalia adeuda al Sr. Luis Francisco en concepto de becas asciende a 159 euros.

2. Las cantidades que la Sra. Natalia pretende compensar son las correspondientes a gafas de la menor (147,15 euros), gastos de comunidad correspondientes a las mensualidades de julio a diciembre de 2009 (54,12 euros) y tasas del servicio de aguas de la vivienda de Trintxerpe correspondientes al primer y segundo cuatrimestre de 2008 (9,12 euros).

Sentado lo anterior, es evidente que la resolución impugnada incurre en un error porque computa como debida la cantidad correspondiente a la excursión de la hija (47,50 euros) cuando la Sra. Natalia no pretende la compensación de la misma. Ahora bien, no es cierto que el Sr. Luis Francisco haya satisfecho el importe que se le reclama por gastos de comunidad, porque la cantidad ingresada por dicho concepto el 11/12/2009 asciende tan sólo a 33,72 euros. Por último, resulta irrelevante que el Sr. Luis Francisco haya satisfecho cantidades en concepto de tasas de basura, porque la cantidad cuya compensación se interesa se refiere al agua.

Por otra parte, el Sr. Luis Francisco no niega el carácter de gasto necesario de las gafas de su hija, rechazando el mismo porque no se ha consensuado previamente y porque la madre

pudo haber hecho valer la garantía si las anteriores gafas eran defectuosas. En relación a lo primero, tan sólo señalar que la sentencia de divorcio establece que los gastos extraordinarios deberán ser decididos «conjuntamente por ambos progenitores o autorizados judicialmente en caso de discrepancia». Por tanto, no constituye presupuesto necesario para ser considerado gasto extraordinario que exista acuerdo previo entre los progenitores. En relación a lo segundo, la mayor o menor diligencia de la madre en el ejercicio de los derechos que como consumidora pudieran corresponderle no puede ser excusa para no hacer frente a un gasto que se revela como necesario para la menor.

Por último, y en relación a los gastos de comunidad, la decisión de la Juzgadora de instancia resulta totalmente lógica y ajustada al tenor de la sentencia de divorcio que hace recaer el abono de los gastos derivados del uso de la vivienda familiar sobre quien la use, y no consta que la Sra. Natalia hiciera uso de la vivienda familiar desde que comunicó al Sr. Luis Francisco el 4/11/2008 cuál era el nuevo domicilio materno de los menores.

En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto, procede mantener la resolución impugnada porque en todo caso la cantidad debida por el Sr. Luis Francisco a la Sra. Natalia, 176,67 euros, es superior a la que ésta le adeuda por las becas, que, como se ha indicado, asciende a 159 euros.

Aunque puede resultar cierto, dado en el ramo donde trabaja, que el padre reciba ingresos opacos, ello no puede alcanzar la categoría de presunción a los efectos de aplicación del art. 386 LEC ante la no constancia en autos de signos externos de riqueza.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt**

Habida cuenta que la contribución a los alimentos de los hijos es una obligación de ambos progenitores, según dispone el art. 93 en relación con el 154 del Código Civil, no siendo razonable hacerla recaer exclusivamente sobre uno de ellos si el otro ya consigue unos recursos suficientes con los que contribuir también a cubrir tal necesidad alimenticia, resulta que, establecida la pensión para las dos menores en la suma de 400 euros mes, la representación de la actora formula recurso de apelación insistiendo en que se eleve su cuantía a 600 euros mes, como ya había interesado en la demanda. Bien es cierto que en el escrito del recurso se va más allá del planteamiento de la demanda, pues con independencia de la serie de préstamos que asumieron los cónyuges constante matrimonio, así como del nivel de vida que se relata y del que antes no se tenía noticias, la cuestión nuclear es si la capacidad económica del padre es o no suficiente para sufragar la pensión pretendida, habida cuenta que también la madre esta obligada a ello en función proporcional de sus recursos económicos. Y en contemplación a ello, cuando se formula la demanda solo se hacen afirmaciones imprecisas sobre la actividad profesional del demandado que después no han sido acreditadas, tales como ser el encargado de un restaurante

y hallarse en trámites de montar una empresa propia, resultando que solo se ha acreditado documentalmente, y no a instancia de la actora, que su profesión es la de cocinero, por la que percibe mensualmente un salario aproximado a los 700 euros, sin que haya constancia alguna del salario que ella percibe por su dedicación también a la hostelería, como camarera, sin que se ajuste a la realidad, afirmada en el recurso, de la existencia de unas nóminas acreditativas de su salario, cuando las únicas nominas existentes son las aportadas por el demandado, al punto de que solo hay constancia de lo que ella percibe por su afirmación en la demanda de no llegar a los 600 euros mensuales, que bien se podría haber probado documentalmente. De lo que se colige que, aunque puede resultar cierto, dado en el ramo donde ambos trabajan, que el demandado reciba ingresos opacos, también lo es que ella también puede recibirlos, posibilidad que no puede alcanzar la categoría de presunción a los efectos de aplicación del art. 386 LEC ante la no constancia en autos de signos externos de riqueza. De modo que, en esta tesitura, solo cabe fijar la cuantía de la pensión en función de los ingresos probados, en el entendimiento de que también la apelante esta legalmente obligada a una contribución proporcional.

Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia debe acudirse a los signos externos de riqueza del periodo inmediatamente anterior a la ruptura, que evidencia un nivel de vida y una capacidad económica que no puede borrarse tan fácilmente.

AP Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 26 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Magaña Calle**

Con carácter general podemos afirmar que la resolución no parte de presunciones no acreditadas sino que valora la capacidad económica de ambos cónyuges, y por supuesto no puede equipararse lo que no deja de ser un salario de un funcionario, perfectamente fiscalizable, como es el caso de la esposa; de lo que son ingresos provenientes de negocios o actividades sobre las que, al menos se crean dudas sobre la fiabilidad de los datos suministrados a la Hacienda Pública.

Por tanto y con esas premisas, y puesto que la pretensión que en este juicio se dilucida, no puede olvidarse, no es sino la alimentación de los hijos del propio recurrente (hasta en la interpretación debe primar, como principio de interpretación, el superior interés de los hijos a mantener el mismo nivel de vida que tenían antes de la ruptura), forzosamente será acudir a los signos externos que muestran, puesto que el pasado no puede borrarse, un nivel de vida y una determi-

nada capacidad económica de los progenitores; nivel y capacidad que en lo indispensable deben seguir manteniendo los hijos, que ninguna culpa tienen en el conflicto matrimonial, y que por tanto en lo sustancial no deben padecerlo.

La Juzgadora, en esa tesitura, tras relacionar los bienes inmuebles del matrimonio, y las cuentas de ahorro, que acreditan, una vez más, un determinado nivel económico, se fija sustancialmente un determinados hechos a los que le da importancia, lo que esta Sala asume y hace suyos, puesto que efectivamente, se reitera, ponen de manifiesto una radiografía del pasado reciente, que ahora no puede borrarse, y así:

En primer lugar, reconocido por el propio recurrente pero igualmente afirmado por la actora y por los hijos, no puede olvidarse que el padre entregaba para gastos corrientes de la casa (excluidos impuestos, recibos, y gastos no mensuales) la cantidad de 3.800 euros mensuales.

En segundo lugar y efectuando las operaciones aritméticas convenientes, llega a la conclusión de que la esposa percibe tanto por sueldo como por ingresos derivados de bienes privativos una suma mensual, prorrateada en 12 meses de 2.969 euros, y el marido, hoy apelante, según sus declaraciones, 1.785,44 euros.

En tercer lugar que con tales ingresos es absolutamente imposible, y atenta a la más elemental lógica, que los gastos corrientes de casa (excluidos consumos de hogar, teléfono, seguros, etc.) como queda dicho, que el recurrente entregaba a la esposa la cantidad de 3.800 euros.

Pero es más, más ilógico aún es que con esos ingresos tengan el patrimonio, reconocido por el propio recurrente de tres pisos en Montilla, otro en Montalbán, el domicilio familiar en Córdoba, cinco cocheras en Montilla y una en Córdoba, además de un vehículo Mercedes, un Nissan Micra, una motocicleta BMW y un caballo y depósitos a plazo fijo de 39 millones de las antiguas pesetas.

Además, por su trabajo, el recurrente tiene tres oficinas independientes en Montilla, Montalbán y Córdoba con 8 empleados.

Frente a lo que afirma el recurrente, pretendiendo hacer una valoración lógicamente interesada de los inmuebles (basándose en el valor de los mismos a efectos fiscales) lo cierto es que las pruebas de presunciones (art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) han sido aplicadas con carácter riguroso en esta litis, habida cuenta que de lo anteriormente descrito (hechos base) se puede mediante un enlace racional y lógico, atendiendo a la realidad social del momento en que se forma el patrimonio (25 años anteriores) a un hecho consecuencia: es imposible la acumulación de un patrimonio de esas características, con unos ingresos conjuntos de unos 4.500 o 5.000 euros mensuales, si se tiene presente los gastos corrientes a los que tantas veces se ha hecho referencia, y que uno de los hijos estudia fuera de la localidad, en la Universidad de Jaén, y si así mismo se tiene en cuenta que los signos de riqueza que presentan los vehículos y el caballo, inducen a pensar en un alto nivel de vida y por tanto de gastos.

En base a tales conclusiones, y por tanto, y como se ha repetido hasta la saciedad, que los hijos que han participado en ese nivel de vida no pueden ahora empeorarlo por la ruptura de los progenitores; y si a ello sumamos que una interpretación conforme a la realidad social del momento en que aplicamos estas normas, nos lleva a considerar que en modo alguno puede considerarse excesivo en ese nivel de vida una pensión alimenticia de 800 euros a cada uno de ellos, por lo que igualmente compartimos el criterio de la Juzgadora sobre las necesidades de los hijos frente al obligado a dar alimentos; y puesto que, por último, y en base a lo dicho, consideramos que efectivamente existe una desproporción evidente entre los ingresos del recurrente y los de la actora, por lo que no ha quedado acreditada una desproporción entre los ingresos y la contribución de cada uno a los alimentos, sino todo lo contrario: se repite una vez más, una corrección a fin de que los hijos no pierdan nivel adquisitivo; la conclusión, como ya se ha dicho, es que procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto y confirmar la resolución combatida en su integridad, y todo ello sin hacer declaración especial sobre las costas de esta alzada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión compensatoria, pues si en el momento actual existieran diferencias entre los consortes, de carácter económico, no son causa de la ruptura, ni atribuibles al matrimonio o al esposo, sino a factores por completo independientes y ajenos a la coyuntura familiar, dependiendo de las características concretas del sector elegido, o del puesto de trabajo, o del azar, o de la propia actitud y esfuerzo que se demuestre en desarrollarlo, por lo que no es de recibo hacer correr estas consecuencias a cargo del marido.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María de los Reyes Castresana García

En su recurso el esposo reconvenido interesa la revocación de la sentencia de apelación, que fija una pensión compensatoria a favor de la Sra. Adolfina y a su cargo de 700 euros durante el plazo de ocho años, alegando que no procede pensión compensatoria alguna, al haberse vulnerado el art. 97 del Código Civil e incurrido en una indebida valoración de la prueba practicada. Y, subsidiariamente, pide la reducción de la cuantía y duración de la pensión compensatoria al incurrir en errónea valoración de los ingresos de ambos cónyuges, puesto que los ingresos netos del Sr. Norberto en el año 2008 fueron de 2.204,20 euros mientras que los obtenidos por la Sra. Adolfina son mayores que los reconocidos de 600 euros mensuales en la pieza de medidas provisionales, en relación con la prueba documental traída a autos por la Asociación de Mujeres Diz Diz y Eragin Kirol Zerbitzuak, y otros casos no figuran como ingresos como las clases de teatro a niños impartidas en el Estudio Elai de Mungia, señalando el apelante que son superiores a los 1.000 euros mensuales.

Según la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2.010: «La cuestión de fondo, atinente a la función que cumplen las circunstancias contempladas en el artículo 97 CC, ante la posibilidad de que se entiendan como determinantes de la existencia o no de desequilibrio y, por ende, de pensión, o simplemente como parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada, fue abordada por vez primera por esta Sala en STS de Pleno de 19 de enero de 2010, RC n.º 52/2006. Esta sentencia concluye que las circunstancias

contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: la de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. Y a tenor de dicho criterio, que acaba con la posición dispar mantenida hasta ese momento por las Audiencias Provinciales, se fija como doctrina jurisprudencial que «para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio».

Mientras que la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 establece que: «Los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 CC son los siguientes: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17-7-09), y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005, 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009). Se puede resumir la doctrina de esta Sala en argumentos de la sentencia de 10 febrero 2005 : «La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimo-

nio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987...)».

Habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se enjuicia, en atención al material probatorio obrante en autos, una vez examinadas con detalle las actuaciones, consideramos atendible la pretensión del recurrente, en cuanto no se constata desequilibrio que la ruptura haya podido generar a la esposa, habida cuenta no consta una especial dedicación de esta a la familia, o superior a la del marido, cada uno de ellos en función de sus particulares circunstancias, siendo que la Sra Adolfinia goza de cualificación laboral, titulación y preparación (licenciada universitaria de Ciencias de la Información, con título de formadora de adultos, y título de postgrado de especialista en teatro y artes escénicas, y conocimientos de música y euskera), se encuentra aún en edad laboral (actualmente tiene 44 años de edad) y es perfecta conocedora del mercado del trabajo, pues de hecho, según su hoja de vida laboral comenzó trabajando en el año 1993, contrayendo matrimonio en el año 1995, siendo contratada de octubre a mayo por Eragin Kirol Zerbitzuak SL desde el año 2002 hasta 2008, coincidente con la el inicio de su actividad empresarial mediante la constitución de su propia empresa «Banbalinak Antzerti Lanak», dándose de alta en el régimen de autónomos como de-

dicada a impartir cursos de teatro y a organizar actividades teatrales, obteniendo ingresos anuales por sus actividades según consta en la prueba documental traída a autos y citada por la parte apelante y debidamente adverbada que damos por reproducida, de donde hemos de concluir afirmando que no existe a tenor del art. 97 del Código Civil, desequilibrio para la esposa derivado de la quiebra del matrimonio.

En conclusión y como señala la doctrina del Tribunal Supremo, procede negar la pensión compensatoria a la apelada, en base a los siguientes argumentos: 1.º La Sra. Adolfinia no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra su hoja laboral. 2.º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo. 3.º El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que de la vivienda familiar, vehículos y saldos y depósitos bancarios y demás son titulares ambos litigantes. 4.º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral, se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio. 5.º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento y irrelevante la concurrencia de necesidad (STS de 10-3-09).

Si en el momento actual existieran diferencias entre los consortes, de carácter económico, no son las mismas dependientes de la ruptura, ni atribuibles al matrimonio o al esposo, sino a factores por completo independientes y ajenos a la coyuntura familiar, dependiendo de las características concretas del sector elegido, o del puesto de trabajo, o del azar, o de la propia actitud y esfuerzo que se demuestre en desarrollarlo, por lo que no es de recibo hacer correr estas consecuencias a cargo del marido, y habida cuenta las

diferencias en las percepciones salariales, o de cualquier otro tipo, no son nunca la base de la concesión ni del mantenimiento de una pensión de las características de la que se examina, cuando consolidada doctrina jurisprudencial viene señalando que este mecanismo compensatorio

no es un beneficio igualatorio de economías dispares, y que su finalidad no es otra que la de colocar al cónyuge desfavorecido con la ruptura del matrimonio, frente al empleo o medios de procurarse el sustento, en igualdad de condiciones que se disfrutaban antes de contraerlo.

Ya que la capacidad de trabajo de la esposa se ha mantenido intacta a lo largo del matrimonio, sin que se haya visto mermada en modo alguno por la dedicación a la familia, el divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral y en consecuencia no puede estimarse acreditada la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges derivada de la ruptura matrimonial.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 26 de mayo de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero

La pensión que regula el art. 97 del Código Civil tiene naturaleza estrictamente compensatoria, por cuanto tiende a corregir el desequilibrio patrimonial que la separación o el divorcio provoca en la posición económica de uno de los cónyuges respecto de la que mantiene el otro, y en relación con el nivel de vida que ambos disfrutaban durante la vigencia de la convivencia matrimonial; persigue evitar que el cese de la vida en común entrañe para uno de los cónyuges un sensible descenso del nivel de vida efectivamente disfrutado durante el transcurso de la relación convivencial. El derecho a percibir tal pensión descansa sobre dos presupuestos básicos: la existencia de un claro e inequívoco desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, y la relación causal directa entre tal situación económica, desventajosa para uno de ellos, y el cese de la convivencia matrimonial. Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010 «La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar

determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión y esta situación de desequilibrio económico entre los cónyuges que origina el derecho a la percepción de la pensión establecida en el art. 97 del Código Civil tiene que producirse cuando cesa la convivencia, de donde se desprende que el desequilibrio económico del cónyuge que reclama la pensión en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, ha de existir en el momento y ha de producirse con la ruptura de su convivencia conyugal, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión». En el presente caso, tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia y de lo alegado en los escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino confirmar el criterio de la sentencia apelada

que no concede la pensión compensatoria por cuanto no puede estimarse acreditado que el recurrente haya sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra la documental aportada, sin que se haya visto

mermada en modo alguno por la dedicación a la familia, por lo que el divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral y en consecuencia no puede estimarse acreditada la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges derivada de la ruptura matrimonial.

No se considera relevante para extinguir la pensión compensatoria que la esposa haya recibido por herencia un inmueble ni que haya adquirido otro, pues no consta ni la cantidad supuestamente percibida por vía hereditaria ni la manera de hacer frente a la nueva adquisición inmobiliaria por parte de aquella.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós**

La Sentencia recaída en 1.ª Instancia en el presente procedimiento sobre divorcio (art. 770 LEC), es objeto de recurso por la representación de la parte actora (Sr. José Luis), que en su escrito de interposición (art. 458 LEC) considera que procede extinguir la pensión compensatoria al percibir la demandada un inmueble procedente de la herencia de un hermano ya fallecido, habiendo adquirido otro.

El convenio regulador suscrito entre las partes aprobado por Sentencia de 27-05-2004 en su estipulación IX indicaba que a modo de pensión compensatoria a favor de la esposa Felicidad y a cargo del esposo Don José Luis, entregará este a aquella mensualmente dentro de los cinco primeros días de cada mes una cantidad igual a la que resulte de hacer masa común de las pensiones de jubilación que el INSS paga a

ambos, dividirla entre dos, y restarle la pensión de jubilación de la esposa, teniéndose en cuenta también las pagas extra. A título de ejemplo para el mes de mayo de 2004 esta pensión compensatoria será de 87 euros por ser la pensión INSS del marido de 586 euros y la de la esposa 412 euros según afirman.

Ambas partes son pensionistas y la liquidación de la sociedad consorcial es cuestión que afecta, como acertadamente indica la Sentencia apelada, a ambos.

Se alude a la existencia de una herencia y la adquisición de otro inmueble, cuestiones que no son relevantes a los efectos de suprimir la pensión libremente pactada, no constando ni la cantidad supuestamente percibida ni la manera de hacer frente a la nueva adquisición inmobiliaria por parte de la apelada.

Habiendo variado la situación de precariedad en el empleo de la ex esposa pues goza de cierta estabilidad se declara extinguida la pensión compensatoria.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Dolores Viñas Maestre**

Se impugna la sentencia que ha desestimado la petición de extinción de la pensión compensato-

ria reconocida a la demandada en sentencia de divorcio de 16 de junio de 2005 en la cantidad

de 155 euros al mes. Se alega en síntesis por el recurrente error en la valoración de la prueba relativa a la situación laboral de la accionada, además de alegar circunstancias referentes a la situación económica del actor que fueron introducidas en el procedimiento en el acto de la vista.

El artículo 86 del CF contempla como causa de extinción de la pensión compensatoria la mejora de la situación económica del cónyuge acreedor que deje de justificarla o el empeoramiento de la situación económica del deudor que justifique la extinción. Las mismas circunstancias son recogidas en el artículo 84 para disminuir la pensión compensatoria si no se justifica la extinción. En definitiva de lo que se trata es de determinar si el cambio de circunstancias a que hacen referencia ambos preceptos produce el cese o la disminución del desequilibrio económico que provocó el reconocimiento de la pensión compensatoria.

En el caso de autos la sentencia recoge de forma detallada la historia laboral de la Sra. Carmela, de la que se desprende ciertamente que cuando se dictó la sentencia de divorcio venía trabajando con contratos temporales de corta duración y alternando, cuando le correspondía, la prestación por desempleo. Ahora bien, del examen que la propia sentencia realiza del informe de vida laboral, se desprende una conclusión contraria a la alcanzada cuando se examina la situación laboral de la Sra. Carmela

con posterioridad a dictarse la sentencia de divorcio, pues si bien durante los años 2003, 2004 y 2005, permanece de alta una media de 78 días al año, en el año 2006 es contratada el 13 de marzo y permanece en el mismo trabajo hasta el 30 de septiembre de 2008, es decir dos años y medio, pasando de nuevo a percibir la correspondiente prestación, constando con posterioridad otro contrato de dos meses en 2009, en desempleo cuando se plantea el presente procedimiento pero de alta otra vez el 20 de octubre de 2009, sin que conste la baja posterior, siendo el informe de fecha 22 de febrero de 2010. De todo ello solo puede concluirse que la situación de precariedad en el empleo ha variado desde 2006, pues si bien los contratos siguen siendo temporales, son de larga duración, de tal manera que la Sra. Carmela ha pasado de trabajar una media de 78 días al año a trabajar durante dos años y medio seguidos, constando, como se ha señalado, contrataciones posteriores. Atendiendo al importe de la pensión fijada en la sentencia de divorcio, debe concluirse que una mayor estabilidad en el empleo reflejada por la continuada contratación y con contratos de mayor duración, es causa suficiente para entender justificada la extinción de la pensión compensatoria que se reconoció, habiendo cesado el desequilibrio económico fundamento de la misma que fue valorado al tiempo del divorcio en la suma de 155 euros. Todo ello conduce a la estimación del recurso, sin necesidad de entrar a valorar otras circunstancias.

El mero dato de haber adquirido conjuntamente una vivienda no supone que la ex esposa conviva en la misma junto con un tercero (no se ha aportado certificado de empadronamiento de ambos en la citada vivienda, ni ningún otro elemento probatorio que lo acredite, como podría ser la testifical de personas que avalasen dicha convivencia), sino que dicha adquisición puede obedecer a distintos motivos.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana Isabel Moreno Galindo

Por la parte recurrente se interpone recurso de apelación frente a la sentencia de instancia solicitando su revocación y que en su lugar se dicte

otra resolución por la cual se estime la demanda por ella formulada, en base a los siguientes motivos:

1. Ha quedado acreditado que la demandada mantiene una relación sentimental estable con D. Jesús Ángel desde hace más de dos años, por lo que se cumplen los requisitos del art. 101 CC para poder extinguir el derecho a pensión compensatoria.

2. Igualmente se dan los requisitos del art. 90 CC ya que existe una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al dictarse la sentencia de divorcio al no existir desequilibrio económico en la demandada.

En primer lugar debemos recordar que, a través de la demanda formulada por el Sr. Benito, éste solicitaba que se extinguiese la obligación de abonar a su ex esposa la pensión compensatoria de 250 euros mensuales, establecida en convenio regulador aprobado mediante sentencia de divorcio de 17/07/2008, por entender que se había producido un hecho que variaba sustancialmente la situación anterior, dado que la Sra. Regina mantiene una relación sentimental estable con D. Jesús Ángel con quien convive e incluso con quien se ha comprado una vivienda.

La sentencia ahora recurrida, desestima la demanda formulada por entender que si bien es cierto que la demandada mantiene una relación sentimental con un tercero, ello no es suficiente para entender que existe una situación de convivencia *more uxorio*.

En esta alzada, la parte recurrente vuelve a reiterar las mismas alegaciones que ya expuso en la primera instancia respecto a la existencia de una relación sentimental estable entre la Sra. Regina y el Sr. Jesús Ángel equiparable a la matrimonial, solicitando el cese de la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada en base a lo dispuesto en el art. 101 CC.

La convivencia marital a la que se refiere la causa legal (art. 101 CC), es la constituida *more uxorio*, en forma análoga a la convivencia conyugal, es decir que concurra una comunidad de vida y de intereses a la manera de unión matrimonial, siendo preciso, pues, que se dé una convivencia que reúna las notas de

habitualidad, estabilidad y permanencia en el tiempo, con la creación de apariencia similar a la conyugal. Corresponde la carga de la prueba a quien insta la causa de extinción, con base a las prescripciones del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el presente caso el propio Sr. Jesús Ángel, en la declaración que prestó como testigo ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en fecha 28 de enero de 2009, reconoció que era la actual pareja de Regina desde hacía 5 ó 6 meses, por otra parte, el demandante aportó nota simple informativa del Registro de la Propiedad n.º 3 de San Sebastián donde consta que la Sra. Regina, en fecha 22/03/2010 adquirió una vivienda con el Sr. Jesús Ángel en la C/ Mandoegui de Errenteria.

Sin embargo, dichos datos, por sí solos, no acreditan que la Sra. Regina haya iniciado una relación sentimental estable de carácter análogo a la matrimonial, lo cual requiere, evidentemente, que exista una convivencia entre ambas personas, convivencia que no se ha acreditado en el presente supuesto dado que el mero dato de haber adquirido conjuntamente una vivienda, no supone que la Sra. Regina conviva en la misma junto con el Sr. Jesús Ángel (no se ha aportado certificado de empadronamiento de ambos en la citada vivienda, ni ningún otro elemento probatorio que lo avale, como podría ser la testifical de personas que avalasen dicha convivencia), sino que dicha adquisición puede obedecer a distintos motivos.

Por otra parte, respecto a la alegación efectuada del cumplimiento de los requisitos del art. 90 CC debemos señalar que no se cumplen los mismos ya que se hace referencia a que el demandado vive en una vivienda de alquiler y que debe abonar un crédito en el que la pareja era avalista de su hijo. Sin embargo, dichos extremos, además de no resultar acreditados, tampoco se expusieron en la demanda originadora de los presentes autos sin que la juzgadora de instancia se pronunciasse debidamente sobre los mismos.

La enfermedad que padece la esposa, a pesar de su juventud, es un serio obstáculo para encontrar trabajo y por ello no puede fijarse limitación temporal a la pensión compensatoria.

AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano**

La cuestión última debatida es la fijación por la Juez *a quo*, en su pronunciamiento cuarto que la pensión compensatoria será «en este momento, con el carácter de indefinida y sin sujeción a término o plazo determinado». Entendiendo que dicha pensión sería necesario fijarla con carácter temporal, estableciendo el límite máximo de percepción en dos años.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre esta materia, y haciéndolo en Sentencia de 21 de noviembre de 2008, recurso de Casación 411/04. Así se indica que en relación a si la pensión compensatoria ha de tener un límite temporal o bien por el contrario ha de ser fijada con carácter indefinido, ha sido resuelto en el sentido que «la problemática surgida de esta materia es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria desde su introducción en la ley de 1981, y la incidencia de distintos factores sobre todo sociales y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y el acceso de la misma al mundo laboral, que han dado lugar a importantes cambios de opinión en la doctrina científica y práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión que la pensión debería ser vitalicia, sin embargo, comenzaron a partir de los años 90, a mostrarse favorables a la temporalidad, siendo esta la doctrina mayoritaria».

El artículo 97 alude a que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en resolución judicial, teniendo en cuenta una serie de circunstancias.

Es decir, del precepto se deduce que la pensión tiene función reequilibradora. Responde a un presupuesto básico, el efectivo desequilibrio económico, producido por efecto de la separación o divorcio, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en la situación anterior constante matrimonio. No tra-

tándose de equiparar ambos patrimonios, porque el precepto no significa paridad o igualdad absoluta entre ambos patrimonios.

La jurisprudencia del TS, entre otras la sentencia de 17 de octubre de 2008, recurso 531/05, se ha inclinado, con carácter general, a relanzar la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela. De tal manera que es preciso valorar las relaciones interpersonales en cada caso concreto, a la hora de fijar una pensión compensatoria temporal o indefinida. De tal modo que para poder fijarse como temporal dicha pensión, es preciso que se constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la norma. Lo que implica que la ley no prohíbe la temporalidad de la pensión, siempre que se den determinadas circunstancias. Entre las cuales, las más importantes serían las de edad de los cónyuges, duración efectiva de la convivencia matrimonial, dedicación al hogar y a los hijos, cuantos de estos precisan atención futura, estado de salud de los cónyuges y posibilidades de recuperación, trabajo que puede desempeñar, facilidad de encontrar un trabajo remunerado. De tal manera que es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico en el cónyuge que demanda esa pensión compensatoria, que haga de todo punto desaconsejable la prolongación de la pensión. Es decir, se trata para fijar la temporalidad de dicha pensión, de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente.

En el caso de autos, y examinando la propia demanda formulada por la representación letrada de la parte apelante, hecho sexto, «la situación mental y física de la madre, ha impedido que esta cuidara de los niños comunes», «enfermedad de la madre, epiléptica con graves y recurrentes episodios», ha determinado que sea el actor el que cuide de los hijos.

Es decir, que para el propio apelante la situación física de la madre impedía que esta atendiera a los hijos, no habiendo realizado pro-

fesión alguna retribuida durante los más de 13 años que duró el matrimonio. Ni desde luego existe atisbo que pueda llevar a cabo profesión alguna retribuida, pues —hecho séptimo de la demanda— sufre la demandada ataques —según el apelante— 2 o 4 veces por semana, de forma esporádica, no pudiendo prever los mismos. En tal circunstancia, resultará difícil, por no decir imposible, acceder al mercado laboral por parte de la demandada, debiendo igualmente valorarse su edad, más de 40 años, no habiendo desempeñado hasta ahora actividad laboral alguna, lo que extremaría aún más las posibilidades de acceso al mercado laboral. Sin que conste, además, que posea titulación académica o profesional relevante que le permitieran acceder con facilidad al desempeño de cualquier profesión.

De tal modo que ha de deducirse que la situación de desequilibrio económico, por parte de la demandada, como consecuencia de la ruptura de la relación matrimonial no tiene un límite temporal, sino que más que probablemente tendrá un efecto indefinido. Y siendo así, por tanto, y corrigiéndose por el artículo 97 dicha situación de desequilibrio económico, es preciso entender que la pensión compensatoria a pagar a la demandada tenga un carácter indefinido, por el momento, tal como fijó la Juez *a quo* en la parte dispositiva de su resolución.

Debiendo añadirse, además, que tal como consta en el informe escolar y social de la Junta de Castilla y León, folios 291 y ss., en su conclusión relativa a la implicación de los padres con el centro educativo se indica que «las relaciones familia con el centro, han sido mantenidas a través de la madre, quien ha asistido a las reuniones, y en una sola ocasión el padre ha

asistido a la tutoría de uno de sus hijos, Álvaro». La madre se encarga de informar al centro cuando los niños están enfermos y de recoger los deberes para que estos los puedan realizar en casa, de forma habitual es la madre quien lleva a los niños al colegio y los recoge, aún cuando en alguna ocasión lo haya hecho el padre.

De tal manera que no es cierta la aseveración del apelante en el sentido que es el actor el que cuidó de los hijos, pues evidentemente de la lectura de ese informe se deduce que el cuidado escolar y atención educativa ha sido desempeñada fundamentalmente por la madre. Y el informe psicosocial folios 300 y siguientes realizado por el equipo dependiente del IML de Soria —adscrito a los juzgados de esta provincia y por tanto informe plenamente objetivo— en donde se afirma que «la principal provisión de crianza y cuidado físico hacia los menores ha sido proporcionado por la madre, que es la que más tiempo pasaba con ellos».

Con lo que sirve todo ello para argumentar, más si cabe, y siguiendo las pautas establecidas por la doctrina del Tribunal Supremo, que la pensión compensatoria a fijar a favor de la madre, en la cuantía y carácter indefinido, tal como resultó establecido por la Juez *a quo*, ha de ser mantenida. Dada la imposibilidad práctica de la misma de acceder al mercado laboral, y para compensar no ya solo su desequilibrio económico nacido de la ruptura matrimonial, sino, además, para compensar el cuidado y esfuerzo dedicado a los hijos durante los 13 años de matrimonio.

En conclusión, el recurso de Apelación, en este segundo motivo ha de ser igualmente desestimado, confirmándose en su integridad la resolución recurrida.

Estando pendiente de resolverse en el procedimiento de liquidación del consorcio conyugal si la farmacia es ganancial o privativa, no se fija por ahora limitación temporal a la pensión compensatoria, sin perjuicio de que el resultado de aquella liquidación pueda dar lugar a una demanda de modificación de medidas.

AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma**

De los dos recursos interpuestos ya quedó resuelto todo lo que concernía a la práctica de nuevas pruebas por auto de doce de abril pasado, que ganó firmeza al ser consentido por todas las partes, por lo que ahora ya sólo queda por resolver las pretensiones articuladas por ambos apelantes con carácter principal. Así, solicita el esposo que se deje sin efecto la pensión compensatoria fijada en la sentencia de divorcio o en su caso, de entender que la Sra. Guadalupe es merecedora de la misma, pide reducir su importe a 1.300 euros y fijar un límite temporal máximo de 8 años de prestación, tema en el que incide también el recurso de la esposa pero en sentido contrario, pues la misma pretende un incremento de la pensión compensatoria sin límite temporal alguno.

Esta cuestión de la pensión compensatoria, en lo sustancial y con las matizaciones que veremos, ha sido correctamente tratada en la sentencia apelada, en la que no se ha establecido ningún plazo para la misma, lo cual no quiere decir que tal pensión no pueda ser revisada si se produce una alteración sustancial en la fortuna de los cónyuges, como la que muy probablemente se puede producir en este caso con la futura liquidación de la sociedad consorcial, que todavía no ha sido liquidada, siendo entonces cuando quedará definitivamente resuelto si el negocio de farmacia es consorcial o privativo, si bien ahora no parece que podamos ignorar la circunstancia de que en esta familia hay un negocio de farmacia que desde luego, indudablemente, sea privativo o común, no es un mero valor patrimonial sino que se trata de un activo muy productivo que se ha constituido en la fuente principal de los ingresos del matrimonio ahora roto, ingresos sobre los que, tras la ruptura, ningún control efectivo tiene la esposa, por más que el actual negocio de farmacia se adquiriera ya constante matrimonio, mediante la compra-venta que aparece documentada a los folios 60 y siguientes, otorgada el seis de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, el mismo día y ante el mismo notario ante el cual se otorgó también la venta de la farmacia de Boltaña que ya tenía el esposo antes de contraer matrimonio, tal y como lo admitió la esposa al inicio de su declaración. Con ello queremos decir que, en el caso, dada la existencia de un activo excepcio-

nalmente productivo, la liquidación de la sociedad consorcial, según cuales sean sus concretos términos, bien pudiera dar lugar a una alteración sustancial de la fortuna de los cónyuges que pudiera propiciar una modificación de la pensión ahora establecida pero, hoy por hoy, tras gran parte de su vida dedicada a la familia y al negocio de farmacia, la esposa, a la que tras la rotura del vínculo ya no se le pueden señalar alimentos, no tiene más que una expectativa de poder participar de los beneficios de dicho negocio si se reputa finalmente consorcial, negocio en el que, hasta la ruptura, venía trabajando como autónoma cobrando los 1.706 euros dichos por el juzgado, más la cuota de la seguridad social, viendo además, con los ingresos de dicho negocio, todos los gastos propios y de su descendencia holgadamente cubiertos, disfrutando un buen nivel de vida, lo cual, al propio tiempo, incide también en la pensión alimenticia de la hija que todavía depende del matrimonio pues la fuente principal de ingresos familiar, con la que se venían atendiendo sus necesidades, sigue bajo el control efectivo y exclusivo del esposo, por lo que estimamos que, acogiendo el recurso de la esposa, procede suprimir la pensión alimenticia de 600 euros reconocida en favor de la hija y a cargo de la esposa y, al propio tiempo, estimando parcialmente el recurso del esposo, debe reducirse también el importe de la pensión compensatoria, fijado en 2.400, para dejarlo en 1.800 euros, con lo que así la esposa, aunque ahora sea ella quien se tenga que pagar la cuota de la seguridad social de autónomos, que antes iba a cargo de la farmacia, seguirá disponiendo de una suma muy próxima a la que venía percibiendo por la colaboración que prestaba en la farmacia, sin prestar ya servicio alguno en ella lo que, tras la ruptura, no le ha sido admitido, siendo de resaltar que el propio esposo, al folio 1421, reconoce en su recurso que el salario que cobraba la esposa luego no revertía «en el pago de gastos consorciales o familiares», coincidiendo así con lo manifestado por la esposa en su recurso al folio 1448.

Así, suprimiendo la pensión alimenticia y cuantificando la pensión compensatoria en la cifra que ha quedado dicha, entendemos que queda convenientemente resuelto el desequilibrio padecido por la esposa, al menos en tanto

se proceda a la liquidación de la sociedad consorcial con la que, atendidas las circunstancias del caso, como ya ha quedado dicho, bien pudiera ocurrir, según cuales sean sus concretos términos, que pueda dar lugar a una alteración sustancial de la fortuna de los cónyuges pues ahora todos los ingresos de la farmacia adquirida constante el matrimonio, están bajo el control del esposo y todavía no ha quedado resuelto si dicho negocio es privativo o consorcial y, en el mejor de los casos para la esposa, que ya no tiene derecho a alimentos, ésta únicamente tiene la expectativa de llegar a participar de dichos beneficios. No obstante, estimando también el recurso del esposo, procede fijar para dicha pensión un plazo de diez años pues dicho plazo es más que suficiente para que los litigantes puedan liquidar el consorcio (con lo que es de esperar que las expectativas antes dichas se disipen o se consoliden) y, en su caso, teniendo en cuenta todos los parámetros de artículo 97 y lo que la esposa ya ha recibido antes de la ruptura y lo que es de esperar que recibirá con el reparto de los bienes comunes, dicho plazo es también suficiente para compensar, junto con la dedicación a la familia, la contribución de la esposa al negocio de farmacia, para la hipótesis de que éste

fuera finalmente estimado privativo del esposo si bien, al propio tiempo, para evitar un eventual enriquecimiento injusto de la esposa, sin prejuzgar ahora la existencia o inexistencia de otros pagos a cuenta, procede señalar que en el caso de que a la esposa le sea reconocido el derecho a participar de los beneficios que produzca el negocio de farmacia tras la ruptura, las cantidades abonadas como pensión compensatoria durante el periodo tomado en consideración para el cálculo de esos beneficios se considerarán como pagos a cuenta de dichos beneficios, sin que la esposa tenga que devolver lo percibido como pensión compensatoria si su participación en los beneficios fuera menor, tomando para ello en consideración todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, el hecho de que no se ha permitido a la esposa continuar trabajando en el negocio que, de hecho, ha quedado bajo el control excluyente del esposo quien, por otra parte, en su propio recurso admite tener una rentabilidad mensual limpia, ya después de impuestos, de 9.204,51 euros en el año 2009 (folios 1428 y 1429) de modo que nada cambiaría ahora aunque prescindieramos por completo de la pericial a la que se refiere el apartado sexto del recurso del esposo.

CONVENIO REGULADOR

Si bien es cierto que la esposa ha sufrido trastornos mentales que no llegaron a constituirle en incapacidad, no se ha demostrado que al suscribir el convenio se hallase en un estado tal que le era imposible conocer el alcance del documento que suscribía, por lo que debe desestimarse la acción en la que solicitaba la nulidad del convenio regulador.

AP Teruel, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Hernández Alegre**

La demandante Sra. Elisabeth interpuso demanda en la que interesó se declarase la nulidad del convenio regulador que suscribió con su entonces cónyuge, y que fue aprobado judicialmente en la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Alcañiz el día 30 de julio de 2008, alegaba para ello que en el momento de suscribir el mismo

se encontraba en un estado depresivo mayor. Lo que dificultaba su capacidad de pensar, concentrarse y tomar decisiones.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la ahora demandante suscribió en convenio regulador con total conocimiento del documento, de sus consecuencias jurídicas, patrimoniales y personales, siendo

una manifestación de voluntad libre y meditada-mente adoptada.

El Juzgado de instancia desestima la demanda al considerar que, de la prueba practicada, ha quedado acreditado que la afección mental de la Sra. Elisabeth era leve y no le anulaba su capacidad de entender y querer, concluyendo que se ha de entender válido y eficaz el convenio regulador suscrito y aprobado en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo.

Contra dicha sentencia se alza ahora la parte demandante con la pretensión de que se revoque la sentencia de instancia, se estime íntegramente la demanda y se declare la nulidad del referido convenio, limitándose en su recurso a reproducir la descripción del estado mental de la demandante que había hecho en la demanda.

Para la resolución del presente recurso hay que partir, tal como dijo la sentencia de la Sección 21 de la AP de Madrid de 8 de mayo de 2007, de que la doctrina solía distinguir dos clases de incapacidad, por un lado la derivada del estado civil de incapaz (cuando el negocio jurídico lo celebra una persona declarada incapaz por sentencia judicial firme) y por otro lado la incapacidad natural de quien carece del estado civil de incapaz (cuando el negocio jurídico lo celebra una persona que no ha sido declarada incapaz por sentencia judicial firme).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996, dio nueva redacción al número 2 del artículo 1263 del Código Civil: «No pueden prestar consentimiento los incapacitados». A pesar del cambio de redacción, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 1101/2004, de 19 de noviembre de 2004, se mantiene la clásica distinción entre la incapacidad resultante de la sentencia firme y la «incapacidad natural». Mientras no gane firmeza la sentencia que declara la incapacitación de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, se presume siempre que, al celebrar un negocio jurídico, tiene capacidad mental, no pudiendo destruirse la presunción más que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa de que, en el preciso momento en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en

la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza (sentencias de la Sala de lo Civil o Primera del Tribunal Supremo número 145/2006, de 14 de febrero de 2006; 836/2005, de 10 de noviembre de 2005; 1101/2004, de 19 de noviembre de 2004; 119/1996 de 19 de febrero de 1996; 28 de junio de 1990; 20 de febrero de 1989, 26 de septiembre de 1988; 10 de abril de 1987; 10 de febrero de 1986).

Cuando un contrato, en este caso el convenio regulador, es ratificado ante el Juez en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y es aceptada esa ratificación por éste sin observar en la persona que lo ratifica ninguna alteración de su capacidad de comprender el alcance del documento debe presumirse que la persona que lo otorga, tiene capacidad mental para hacerlo, presunción que viene recogida en el artículo 34 del Código de Derecho Foral de Aragón al indicar que «La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre», siendo una presunción *iusuris tantum* que puede ser destruida, pero, para su destrucción, se precisa de una prueba concluyente de que en el preciso momento de la suscripción del documento y de su ratificación la persona que lo otorgó se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza (sentencias de la Sala de lo Civil o Primera del Tribunal Supremo número 1101/2004 de 19 de noviembre de 2004; 390/1998 de 4 de mayo de 1998; 10 de abril de 1987; 7 de abril de 1982; 7 de febrero de 1967; 16 de abril de 1959).

Sentado lo anterior, el recurso debe ser desestimado, pues como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, que lleva a cabo un pormenorizado análisis de la prueba practicada, de la misma hay que concluir que si bien es exacto que la demandante ha sufrido trastornos mentales que no llegaron a constituirle en incapacidad, no se ha demostrado que al suscribir el convenio se hallase en un estado tal que le era imposible conocer el alcance del documento que suscribía, puesto que el Juez al aceptar la ratificación da fe de su aparente capacidad, y esta declaración no se desvirtúa por los documentos unidos a la demanda, que se refieren a épocas y fechas diferentes de las que fue suscrito el convenio. Es

decir, en el presente caso, no se ha probado que a finales de julio de 2008, cuando D.^a María Elisabeth ratificó el convenio previamente suscrito, se hallara en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer ese acto jurídico. No se ha desvirtuado la presunción de que la misma tenía capacidad mental para suscribir tal contrato; cuando ha quedado acreditado que en fechas posteriores la misma otorgó distintas escrituras disponiendo de determinados bienes de su patrimonio.

En el recurso, que como ya se ha dicho se limita a reproducir la descripción del historial mental de la demandante, nada se alega para rebatir los amplios razonamientos que el juzgador de instancia plasma en la sentencia recurrida para justificar la desestimación de la demanda; pero es que, además, ni en ésta ni en el recurso, se hace mención alguna al concreto perjuicio que la suscripción del convenio ha podido causar a la demandante, y ello conduce, sin más, a la desestimación total del recurso.

CUESTIONES PROCESALES

Se revoca la resolución del juzgado que inadmitió a trámite una demanda de divorcio de dos ecuatorianos por no acreditarse la ley ecuatoriana aplicable en base al art. 107 del CC.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 27 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda de divorcio presentada por la representación de D.^a Florencia el día 12 de junio de 2009 contra D. Nicolás, ambos de nacionalidad ecuatoriana tal como consta en el documento acompañado a la demanda que obra al folio 11. Dicha demanda tuvo como respuesta el auto ahora recurrido que inadmitió la demanda en base a que la parte actora no había aportado y acreditado con el escrito de demanda la ley ecuatoriana que es la aplicable en base al artículo 107 del CC.

La competencia de los tribunales españoles para conocer de la litis de divorcio de dos súbditos extranjeros residentes en nuestro país, conforme previenen los artículos 3.a) del Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo de Europa y 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no conlleva, sin embargo, la aplicación de la normativa sustantiva patria a todos los supuestos que ante dichos Órganos puedan plantearse.

Así, dentro de las normas de conflicto contenidas en el Código Civil, el artículo 9.º previene, con carácter general, que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá su capacidad y estado civil, entre otros aspectos.

En lo que concierne específicamente a la separación y el divorcio, dicho precepto remite al 107, conforme al cual la constitución del nuevo estado civil derivado de la disociación nupcial habrá de regirse por la ley nacional común de los esposos en el momento de la presentación de la demanda.

Bajo tales exigencias legales, y dado que en el caso examinado ambos cónyuges ostentan la nacionalidad ecuatoriana, se impone, en principio, que la resolución judicial acerca del divorcio solicitado por la demandante se fundamente en legalidad sustantiva de su país de origen, incumbiendo a las partes la acreditación de su contenido y vigencia, según previene el artículo 281 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también puede ser acreditada de oficio por el propio órgano a quo de conformidad con el artículo 281.2 de la LEC.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del artículo 24 CE habla de «la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio

ordenamiento jurídico español», para añadir que «la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones» (STC 17-1-2000). Por su parte el Tribunal Supremo declara que «si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable» (S. 3-3-97).

En consecuencia, no podemos, en modo alguno, compartir el precipitado criterio decisorio plasmado en la resolución impugnada, que entra en abierta colisión con el principio de acceso a la justicia que proclama el artículo 24 de la Constitución española, en cuanto garantiza los derechos de todas las partes para llegar a la decisión final o de fondo, positiva o negativa. Por ello, y como declara el Tribunal Constitucional, ha de distinguirse, en orden a la admisión a trámite de la demanda, entre requisitos ineludibles o inexcusables y salvables o subsanables, a lo que añade la necesidad de una interpretación de los mismos que las leyes procesales y la Ley

Orgánica del Poder Judicial autorizan, según la actual y progresiva tendencia de favorecer la subsanación de los defectos susceptibles de reparación. Y se agrega que el artículo 24.1 CE impone al Juez el deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame, sin denegar esa protección mediante una aplicación desproporcionada de las normas procesales y teniendo en cuenta en el ejercicio de ese favor actionis la entidad del defecto y la posibilidad de cumplir a pesar de todo los fines que la regla incumplida persigue (SS. 5/88 y 15/90).

No puede tampoco olvidarse que, de alcanzarse en el curso ulterior del procedimiento un consenso entre los esposos acerca de la disolución vincular y sus efectos complementarios, se plantearía inclusive, en aplicación de lo prevenido en el artículo 107.2, apartado b), la posibilidad de resolverse el procedimiento conforme a la legalidad sustantiva española, en cuya hipótesis sería de aplicación el clásico principio *da mihi factum, ego dabo tibi ius*.

Razones todas ellas que determinan el acogimiento de la pretensión revocatoria articulada.

No se fijan litis expensas puesto que la esposa cuenta con ingresos propios y ha accedido al haber ganancial, habiéndose repartido los litigantes los ahorros dinerarios de carácter ganancial, adjudicándose a la esposa la cantidad de 9.279,82 euros.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María de los Reyes Castresana García

También se acoge el último motivo de impugnación de la parte apelante, y, por consiguiente, la revocación el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida relativo a la litis expensas, al no concurrir los presupuestos de fondo del art. 1318 del Código Civil, porque D.^a Adolphi-

na cuenta con ingresos propios y ha accedido al haber ganancial, habiéndose repartido los litigantes los ahorros dinerarios de carácter ganancial, adjudicándose a la esposa la cantidad de 9.279,82 euros, como consta acreditado en autos.

No es obstáculo para eliminar la aprobación del convenio regulador que contenga la liquidación de una comunidad de bienes, ya que los cónyuges estaban casados bajo el régimen de separación de bienes.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Íñigo Madariaga Azcoitia**

D.ª Rosa y D. Hugo presentaron demanda de divorcio de mutuo acuerdo en relación con el matrimonio celebrado en Rivabellosa, Álava, el 27 de junio de 2009. El régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. En la demanda se pone asimismo de relieve que no existen hijos comunes y se aporta un convenio regulador, firmado y después ratificado por ambos, según consta en sendas actas de 18 y 27 de enero de 2011. El contenido básico del convenio expresa que ambos son propietarios por partes iguales de la vivienda familiar, valorada en 287.866,96 euros, gravada con hipoteca por importe de 263.866,96 euros, y acuerdan lo siguiente: no procede pensión compensatoria en favor de ninguno de los esposos; no procede acordar sobre el uso de la vivienda familiar, dado que han acordado su liquidación; y, se adjudica a la esposa la vivienda y la carga hipotecaria, debiendo abonar ésta al esposo la diferencia de 12.000 euros, en dos plazos de 6.000 euros cada uno, el primero al mes de la sentencia y el segundo a los seis meses del primer pago.

La sentencia de instancia estima la demanda de divorcio, y así lo decreta, pero no aprueba el convenio regulador, al considerar que «incluye una liquidación de una denominada comunidad de bienes que ni es sociedad de gananciales por estar sujetos los cónyuges al régimen de separación de bienes, ni cabe efectuar como disolución del condominio a través de un convenio regulador». Por ello concede un plazo de diez días para presentar un nuevo convenio regulador.

Frente a ello se alzan los actores reiterando la solicitud de aprobación del convenio regulador aportado con la demanda y ratificado judicialmente por separado. A tal efecto alegan que la disolución del régimen económico no tiene que ser necesariamente el de gananciales, para ser objeto de liquidación en el convenio, pues el de separación de bienes es asimismo un régimen económico matrimonial previsto en el Código Civil, y la aprobación del convenio es procedente conforme al art. 90 del Código Civil. Asimismo expresan que la resolución de instan-

cia adolece de motivación suficiente en orden a denegar la homologación del convenio.

Conforme al art. 90 del Código Civil, en relación con el convenio regulador de los efectos económicos y personales derivados del divorcio, establece que «los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges... La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio».

La literalidad de la norma pone de relieve que la aprobación judicial del convenio propuesto de mutuo acuerdo por los cónyuges es la regla general, y sólo cabe su desaprobación en dos supuestos: que alguno o algunos de los acuerdos sean dañosos para los hijos, cual no es el caso de autos, pues no hay hijos comunes, o que sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, circunstancia que no es de apreciar en el supuesto de autos.

La sentencia de instancia rechaza el convenio en su integridad, pero no razona ni siquiera expresa cuál es la razón o causa de la misma, pues aun refiriéndose a la división del bien común y la deuda compartida, nada expresa en relación con el resto de los acuerdos plasmados en el convenio regulador, como es la improcedencia de pensión compensatoria o de especial atribución del uso de la vivienda familiar. Aspectos a los cuales se refiere asimismo el art. 90 del Código Civil, del mismo modo que lo hace a la liquidación del «régimen económico del matrimonio». Expresión esta última que, por remisión al art. 1315 del Código Civil, debe entenderse a cualquiera de los regímenes estipulado por los cónyuges, pues en cualquier caso «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio», art. 1318 del Código Civil, y consecuentemente al extinguirse el matrimonio

deben, en su caso, regularse las consecuencias liquidatorias de las relaciones económicas, como expresamente resulta, en el caso del régimen de separación de bienes, de lo establecido en el art. 1438 del Código Civil.

Por tanto ningún argumento avala la necesidad de que los intereses económicos susceptibles de liquidación, al extinguirse el matrimonio, deban ser necesariamente los concretados en el ámbito del régimen de gananciales, pues cualquier otro régimen (participación o separa-

ción de bienes) pueden ser objeto asimismo de la referida liquidación.

Por lo expuesto, cumpliendo el convenio regulador de 25 de noviembre de 2010 los requisitos necesarios, por estar firmado por ambos cónyuges, ratificado por separado en el juzgado, y no ser de apreciar que el mismo cause grave perjuicio, se debe aprobar en sus propios términos, siendo por ello procedente estimar el recurso, sin hacer especial declaración sobre las costas.

Teniendo competencia para conocer del procedimiento civil el Juzgado de Violencia cuando se presentó la demanda, es intrascendente que al momento de dictarse el auto de admisión en el que al mismo tiempo acordó la inhibición ya careciese de la misma al haberse cumplido la pena impuesta en el procedimiento penal.

AP Granada, Sec. 5.^a, Auto de 24 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

La Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 44, adiciona a la Ley Orgánica del Poder Judicial el art. 87 ter, que regula la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para los asuntos que versen, entre otros, sobre nulidad del matrimonio, separación y divorcio, con carácter exclusivo y excluyente, en los casos señalados en el apartado 3 de dicho precepto.

Por su parte el artículo 57 de dicha Ley Orgánica introduce un nuevo precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 49 bis, señalando los supuestos en que el Juzgado civil que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento de los atribuidos con competencia exclusiva y excluyente a los Juzgados de Violencia sobre la mujer debe inhibirse a favor de este, así como los casos en que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer debe requerir de inhibición al Tribunal Civil referido.

Según resulta de lo actuado, la interpelante Sra. Marí Luz presentó el 27 de Octubre de 2010 ante el Juzgado de Violencia número 1 demanda para adopción de medidas sobre hijos no matrimoniales frente a quien fue su pareja y

progenitor de la menor Don Alfredo. El Juzgador tenía conocimiento de que ante dicho Juzgado se habían seguido actuaciones penales por delito incoándose Diligencias Urgentes 352/09, las cuales habían sido resueltas por sentencia de 17 de Noviembre de 2009, de conformidad con el acusado, por la que se condenaba al mismo como responsable de un delito de maltrato del artículo 153.1.º y 3.º del código penal a las penas de 38 días de trabajos en beneficio de la Comunidad, privación del derecho de tenencia y porte de armas por plazo de doce meses y costas procesales. Igualmente se impuso la pena solicitada de prohibición de acercarse Don Alfredo a menos de 200 metros de Doña Marí Luz, así como a su domicilio o centro de trabajo y de comunicarse directa o indirectamente con ella por un periodo de doce meses. En dicha sentencia se declaro su firmeza y se acordó remitirla seguidamente al Juzgado Decano de los de lo Penal para si reparto entre los Juzgados de lo Penal «y sin perjuicio de las medidas que este Juzgado adopte para la efectividad de la medida de alejamiento acordada».

El Juzgado de Violencia no proveyó la demanda hasta el 15 de Diciembre de 2010,

momento en el cual ya se habían cumplido las penas impuestas en la sentencia de 17 de noviembre de 2009, lo que se hizo constar por diligencia del Sr. Secretario y seguidamente dictó Auto el mismo día declarando la inadmisión a trámite de la demanda, con argumento en su falta de competencia objetiva, y la inhibición al Juzgado de Familia competente.

El Juzgado de Familia, previo traslado a la parte y al Ministerio Fiscal, dictó Auto el 7 de abril de 2011, rechazando la inhibición y remitiendo las actuaciones a esta Sala para resolver sobre la competencia.

El precepto que regula la competencia en estos casos es el artículo 87 ter LOPJ, que señala, en su apartado 3, los cuatro requisitos que han de concurrir para que la competencia sobre un asunto civil de los señalados en el art. 87 ter 2 LOPJ corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. En el presente supuesto no cabe duda que concurren los tres primeros requisitos, esto es, se trata de un proceso de adopción de medidas sobre hijos no matrimoniales, una de las partes de dicho proceso civil ha sido víctima de actos de violencia de género, y otra de dichas partes ha sido imputado —y en este caso condenado— como autor de actos de violencia de género. La cuestión se centra en la interpretación que ha de dársele al cuarto de dichos requisitos que, como señala el precepto, deben concurrir simultáneamente, señalando el apartado 3.d), a tal efecto que dicho requisito consiste en «que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género».

Como señalaba esta Sala en Auto de 23 de noviembre de 2007 una interpretación rígida y puramente gramatical de dicho apartado condu-

ciría a que siempre que haya habido una previa actuación judicial por actos de violencia de género, el Juzgado que conociera de las mismas también tendría que conocer del proceso civil posterior, dado que el precepto utiliza el término «iniciado», pero no dice hasta qué momento la Ley atribuye la competencia civil.

La interpretación gramatical debe ir conjuntada con la lógica y sistemática, y en tal sentido, podemos señalar que la competencia civil de los Juzgados de Violencia sobre la mujer es, si no excepcional, al menos está prevista con un apreciable sentido de funcionalidad, y por ello que el art. 87 ter 2 utilice el término «podrán conocer...», evidenciando que sólo en determinados casos le corresponde. Este criterio funcionalista conduce a la conclusión de entender atribuida competencias civiles al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, una vez que haya iniciado actuaciones penales, en tanto mantenga jurisdicción sobre el asunto, lo que en el caso de autos supone, siguiendo el parecer del Ministerio Fiscal, la atribución de competencia al Juzgado de Violencia, pues aunque la sentencia firme dictada por el Juzgado de Violencia se remitió al Juzgado de lo Penal a efectos de ejecución, sin embargo la propia sentencia señalaba que el Juzgado se reservaba la adopción de medidas para la efectividad de la medida de alejamiento, lo que suponía conservar la jurisdicción a tales efectos y, por ende, le correspondía la competencia para sustanciar el procedimiento civil, y sin que a tal efecto tenga relevancia la fecha del Auto de inhibición, que se dictó una vez transcurridos el plazo de doce meses durante los cuales estaba vigente la medida sobre la que se reservaba jurisdicción el Juzgado de Violencia, pues ello se debió a una demora imputable al Juzgado, dado que al tiempo de presentarse la demanda aún conservaba dicha jurisdicción.

La petición de pensión alimenticia para la hija mayor de edad realizada por la parte demandada debía haber sido formulada a través de reconvención, pues ni en el suplico de la demanda, ni en sus fundamentos de derecho, había posicionamiento en relación a esta pensión, y dada su mayoría de edad no era una medida que hubiera de adoptar de oficio el órgano jurisdiccional.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de mayo de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

Para el análisis de la primera petición de la parte apelante conviene recordar, tal como afirma reiteradamente esta Sala, que si bien es cierto que las previsiones contenidas en el penúltimo párrafo del artículo 90 el Código Civil no son de estricta aplicación a las medidas a adoptar en una litis contenciosa de divorcio, en su correlación con las fijadas en el antecedente procedimiento consensual de separación matrimonial, pues el referido precepto constriñe, a tener de su propia redacción, su ámbito propio a los procedimientos en los que se insta específica y únicamente la modificación de todos o alguno de los pronunciamientos complementarios preestablecidos, no deja de ser igualmente cierto que, aun permitida en la ulterior litis de divorcio una valoración *ex novo* de las circunstancias fácticas concurrentes, en orden a la fijación de los efectos complementarios que el pronunciamiento principal ha de conllevar, sin estricta sujeción a lo precedentemente estipulado, ello sin embargo no puede conllevar una absoluta libertad de apreciación judicial, haciendo tabla rasa de los antecedentes pactos, en cuento los mismos, en conjugación con el resultado de los instrumentos de prueba aportados en la nueva litis, constituyen un importante factor a tomar en consideración, habida cuenta que fueron los propios esposos, principales, y por ende privilegiados, conocedores de los condicionantes de su realidad familiar, los que, vinieron a regular, libremente y por mutuo acuerdo, las consecuencias de índole personal y pecuniaria de su ruptura convivencial, en posibilidad perfectamente admitida en derecho, de conformidad con los principios sancionados en

el artículo 1255 del Código Civil.

En la cláusula tercera del convenio regulador de separación conyugal de 1 de febrero de 2002 aprobado por la correspondiente sentencia de separación conyugal se establecía una pensión de alimentos para cada uno de los hijos de 150 euros actualizables según el IPC y en su párrafo segundo se disponía «se establece la edad máxima de percibo de alimentos la de 25 años de cada uno de los hijos». Dicha disposición no es contraria a la ley, a la moral, ni al orden público y por ello fue aprobada en la sentencia de separación conyugal. No consta que haya motivo para prescindir de dicha estipulación, debiendo indicarse que la hija Iria también firmó el Convenio y habida cuenta que esta hija ya había cumplido los 25 años cuando se interpone la demanda de divorcio procede suprimir la pensión alimenticia a favor de esta hija en la sentencia que nos ocupa y ello sin perjuicio de que la mencionada hija pueda dirigirse directamente al padre en reclamación alimenticia.

A mayor abundamiento de conformidad con el artículo 770.2.º d) de la LEC la petición de pensión alimenticia para esta hija realizada por la parte demandada debía haber sido formulada a través de reconvencción, pues ni en el suplico de la demanda, ni en el fundamento de Derecho sexto de dicho escrito rector del proceso al que se remitía el suplico había reclamación en relación a la pensión alimenticia de esta hija y dada su mayoría de edad no era una medida que hubiera de adoptar de oficio el órgano jurisdiccional.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ineficacia de la cláusula en la que el esposo se compromete a realizar gestiones ante la entidad BBK para que en lo sucesivo figure el mismo ante dicha entidad bancaria como único y exclusivo titular del crédito hipotecario, ya que no se previó la forzosa intervención de un tercero ajeno al convenio.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Auto de 30 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz**

La cuestión que afecta a este recurso parte, en origen, del contenido de la cláusula sexta «Otros acuerdos», apartado n.º 4, del convenio regulador suscrito por los ex cónyuges con fecha 21 de enero de 2008 y que fue aprobado por la sentencia de divorcio del 5 de febrero siguiente.

En dicha cláusula se pactó lo siguiente:

«Si bien los esposos realizaron gestiones a fin de que D.^a Jacinta dejara de figurar como posición deudora en el crédito n.º (...) de la entidad bancaria BBK que fue adjudicado junto con el inmueble que lo grava a D. Juan Luis en el acuerdo sobre liquidación y adjudicación de sociedad de gananciales de fecha 8 de enero de 2001 aprobado judicialmente el 1 de febrero de 2001, el Sr. Juan Luis se compromete a realizar nuevas gestiones ante la entidad BBK que fueran necesarias para llevar a cabo dicho fin y para que en lo sucesivo figure el mismo ante dicha entidad bancaria como único y exclusivo titular del meritado crédito hipotecario».

Dicha cláusula fue objeto de demanda de ejecución por parte de D.^a Jacinta, al seguir figurando como deudora para la BBK con motivo de la operación financiera a la que aquella se refiere; ejecución que finalizó por auto de fecha 8 de abril de 2009 por el que se desestimó la oposición vertida por el ejecutado Sr. Juan Luis, señalándose en dicha resolución que este, si bien había efectuado determinadas gestiones con la BBK, no había solicitado la subrogación exclusiva del crédito en su contra hasta que la ejecución se inició, sin liberar por tanto a la Sra. Jacinta de su condición de deudora, pese a haber sido informado por la BBK de los trámites y gestiones necesarios para ello; no obstante

lo cual y como quiera que la cláusula antedicha implicaba una obligación de hacer, el auto se abstuvo de realizar ningún pronunciamiento concreto sobre la forma en que la ejecución debía de proseguir quedando a las resultas de lo que pudiera solicitar la parte ejecutante.

Y lo que la Sra. Jacinta interesó mediante su escrito de fecha 12 de mayo de 2010 fue que se requiriera al Sr. Juan Luis para que procediera a la cancelación anticipada del préstamo de referencia, actuación que, según entendía, estaba comprendida en la obligación asumida en el convenio regulador de «... realizar nuevas gestiones ante la entidad BBK...» a fin de figurar como único y exclusivo titular del crédito hipotecario.

Dicha solicitud fue rechazada por providencia de 25 de mayo de 2010, siendo confirmada mediante auto dictado con fecha 10 de noviembre de 2010 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra ella por la ejecutante; la cual reproduce su interés en el correspondiente recurso de apelación.

El recurso debe de ser desestimado.

La pretensión de que el Sr. Juan Luis cancele de forma anticipada el crédito hipotecario a que se refiere la cláusula del convenio de divorcio que queda transcrita excede con mucho del contenido de la obligación a la que el ejecutado se comprometió y que es amparada por la sentencia de divorcio que aprobó el convenio; no cabe duda de que, cancelado anticipadamente el crédito hipotecario, se obtendría el objetivo que la cláusula persigue que es que la Sra. Jacinta dejara de figurar como posición deudora en el mismo para con la BBK; pero lo que ocurre es

que, en este caso, no ha de prevalecer tanto el objetivo a conseguir cuanto las obligaciones asumidas por el Sr. Juan Luis para obtenerlo; y dentro de esas obligaciones plasmadas en el convenio matrimonial no está, desde luego, el cancelar anticipadamente el préstamo, a lo que en ningún momento se comprometió de forma expresa; actuación que, además, dependerá de que pueda hacerlo realmente en términos económicos o de que tenga capacidad para endeudarse de nuevo al objeto de cancelar la deuda pendiente, de nada de lo cual se trató en el convenio que se ejecutaba.

Es muy posible que el convenio sea, efectivamente, «papel mojado» en cuanto a la cláusula que nos ocupa; pero tal cosa no es sino una consecuencia de su contenido, imputable solo a quienes la redactaron, incluida también la ejecutante; ya que no se previó que la forzosa intervención de un tercero ajeno al convenio, la BBK, que tiene capacidad y plena legitimación para disponer lo necesario para garantizar el cobro de su deuda, diera finalmente al traste con la posibilidad de ejecutar la obligación a la que el convenio se refiere.

Se condena a la esposa a devolver al esposo las cantidades percibidas hasta la fecha de la sentencia de apelación en concepto de pensión compensatoria.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de los Reyes Castresana García

En el recurso de apelación interpuesto por D. Norberto se solicita la condena de D.ª Adolfin a devolver al apelante las cantidades percibidas hasta la fecha de la sentencia de apelación en concepto de pensión compensatoria, petición que debe ser acogida.

Como hemos dicho en nuestra Sentencia de 5 de octubre de 2006: «Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la efectividad temporal o retroactiva de las medidas económicas establecidas en sentencia matrimonial dictada en la primera instancia, que es revocada por la que resuelve el recurso de apelación interpuesto. En nuestra resolución de 28 de mayo de 2004, rollo de apelación 368/03, (reiteradas en las de fechas 7 de noviembre de 2004, 4 de julio de 2006 y 19 de enero de 2.007) se decía : «... considera este Tribunal que las medidas definitivas, incluida la pensión compensatoria, puesto que la legislación no hace diferencia alguna, son directamente ejecutivas desde que se dicta sentencia en

primera instancia, y, sin que lo acordado en las sentencias dictadas en segunda instancia puedan tener efectos retroactivos, salvo que expresamente establezcan tal carácter retroactivo... Dicha conclusión se fundamenta a tenor de lo dispuesto en el art. 774.5 de la LECn.... Cuando las medidas que rigen las relaciones familiares sean modificadas en la sentencia de separación, dicha modificación solo tendrá eficacia *ex nunc*, salvo que expresamente se establezca lo contrario...».

Atendiendo a las especiales y concretas circunstancias del supuesto examinado, no concurriendo hechos nuevos no considerados en la sentencia de primera instancia según el art. 752 de la LECn., y habiéndolo solicitado expresamente la parte apelante, este Tribunal establece la eficacia retroactiva de la declaración sobre la improcedencia de la pensión compensatoria, por lo que la apelada vendrá obligada a abonar al apelante las cantidades percibidas en concepto de pensión compensatoria.

No procede embargar la cantidad que percibe el ex esposo como subsidio de paro al no tratarse de una deuda alimenticia, pues en su mayor parte obedece a la mitad de las cuotas hipotecarias de la vivienda que también debía abonar el ejecutado.

AP Almería, Sec. 2.ª, Auto de 23 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Espinosa Labella**

Se alega por la parte apelante que no procedía embargar la cantidad que percibe como subsidio de paro al no tratarse de una deuda alimenticia en la que pudiese aplicarse el art. 608 de la LEC, pues la mayoría de lo adeudado obedece a la mitad de las cuotas hipotecarias de la vivienda, a cuenta del ejecutado. Se interesa, por tanto, la aplicación del art. 607 de la LEC, y que el embargo se haga con los límites que fija dicho precepto.

La resolución judicial se ha limitado a desestimar la oposición formulada por considerar que no se encuentra entre los supuestos de oposición previstos en el art. 556 de la LEC.

Las alegaciones del apelante deben ser acogidas a fin de diferenciar las pensiones alimen-

ticias de otras cargas derivadas de la separación o el divorcio, o regulación de relaciones paternofiliales que por su naturaleza no pueden equipararse a las primeras ni tener el mismo tratamiento procesal en fase de ejecución. Por tanto las limitaciones que para el embargo del sueldo establece el art. 607 serán también aplicables a dichas cantidades, como la cuota de la hipoteca a cargo de uno de los cónyuges o pareja de hecho que se fija al regular las relaciones entre los progenitores y los hijos, como sucede en su caso, no siendo aplicable el art. 608 de la LEC, salvo para las pensiones alimenticias, por lo que una vez satisfechas estas operará el primer precepto y sus limitaciones.

Se desestima la demanda de ejecución, ya que en el convenio regulador no se pactó la venta del inmueble, sino tan solo se fijaron las condiciones del destino del importe de la venta, en el caso, hipotético, de que se procediera a su enajenación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 20 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana María Hortensia García Esquiús**

La parte apelante interpone apelación contra un auto que se ajusta a lo dispuesto en los artículos 551 y 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los requisitos de la demanda ejecutiva vienen perfectamente recogidos en el artículo 549 de la LECivil, que establece que en la demanda se expresará: 1.º el título en que se funda el ejecutante, 2.º la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, y precisa todavía más el art. 551 cuando señala que, presentada la demanda ejecutiva, se despachará ejecución siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, y éste es el problema fundamental: los actos de ejecución que se solicitan no se corresponden con el contenido del título. En el convenio de divorcio, homologado por la sen-

tencia cuya ejecución se pretende, se acordaba, respecto a la plaza de aparcamiento n.º (...) del edificio del Paseo (...) (...) - (...) de Barcelona, que «Ambas partes de común acuerdo han decidido atribuir el uso y disfrute de la citada plaza de aparcamiento a Doña Sandra... junto a María, Cristina y David, los hijos comunes del matrimonio que con ella quedan. Caso de que se procediera a su venta, manteniendo Doña Sandra su residencia, ambas partes convienen que el importe de la venta sufragará la compra de una nueva plaza de aparcamiento en la zona en las que este se halla ubicado actualmente de exclusiva titularidad de la Sra. Sandra, repartiendo el fruto de la venta por mitades, mientras que si se procede a la venta de la plaza de aparcamiento sin el condicionante anterior, el fruto de la venta se repartirá por mitades».

La ejecutante presenta demanda solicitando que se requiera a la parte contraria para que:

A) comparezca ante fedatario público para el otorgamiento de la escritura de compraventa y para recoger el sobrante a su nombre, y b) que en su defecto se eleve a público el documento de compraventa por el juzgador. La solicitud pues no se ajusta a lo acordado ya que no se pactó la venta del bien, en cuyo caso y por mor de lo dispuesto en el art. 1098 del Código Civil si hubiera podido ser compelido el Sr. Leandro al otorgamiento de la correspondiente escritura fijadas las condiciones de la misma, sino que tan sólo se fijaron las condiciones del destino del importe en el caso, hipotético, de que se

procediera a su venta. No olvidemos que en la interpretación de los contratos hemos de estar en primer término a la literalidad de sus cláusulas, tal y como nos dice el art. 1281 del CC y en el convenio sólo se pacto que se haría con el producto de la venta de la plaza de aparcamiento en el caso de que se procediera a la venta, y en este caso todavía nada se ha resuelto sobre la posible venta ni existe acuerdo al respecto, lo que conlleva la desestimación del recurso sin perjuicio de la parte de interesar lo que considere oportuno en el ordinario que corresponda.

Es posible que el ex esposo haya pagado alimentos que no debía a partir del momento en que uno de sus hijos ha encontrado trabajo y gana un sueldo; y que haya ingresado en las cuentas de sus hijos las cantidades que dice; pero nada de eso puede oponerse a la ejecución por el impago de las actualizaciones de la pensión compensatoria.

AP Vizcaya, Sec. 4.^a, Auto de 13 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz**

La ejecución promovida por D.^a Crescencia, por importe de 431,73 euros, se refería a los atrasos pendientes de pago por falta de actualización de la pensión compensatoria para el periodo entre enero de 2007 y junio de 2010.

El ejecutado D. Juan Pedro se opuso a dicha ejecución alegando que había abonado a la ejecutante cantidades superiores a las que esta tenía derecho a recibir en concepto de alimentos para los hijos del matrimonio, pues su hija Ainara había accedido al mercado laboral, remitiéndose a una ejecución distinta, la n.º 531/10, además de haber efectuado otros ingresos directamente en las cuentas de los referidos hijos Ainara y Alexander.

El auto dictado por el juzgado de instancia desestimó la oposición a la ejecución al entender no efectuado el pago de la cantidad que fue objeto de aquella (art. 556.1 LEC), resolución contra la que el ejecutado se alza reproduciendo los motivos de oposición.

El recurso debe de ser desestimado.

El exclusivo objeto de la presente ejecución son los atrasos por falta de actualización según

IPC de la pensión compensatoria establecida en favor de su ex cónyuge.

El apelante no acredita de forma fehaciente, tal y como le obliga el art. 556-1 LEC, el pago del importe concreto y por el concepto que se reclama.

Es posible que el apelante haya pagado alimentos que no debía a partir del momento en que uno de sus hijos ha encontrado trabajo y gana un sueldo; y que haya ingresado en las cuentas de sus hijos las cantidades que dice; pero nada de eso nos interesa aquí; no es posible mezclar conceptos, confundir unas ejecuciones con otras ni invocar unos pagos no debidos para eliminar otras deudas diferentes; cada cosa debe resolverse en su sitio y el Sr. Juan Pedro tal vez tenga derecho a reclamar donde proceda los pagos que no debía o a compensarlos con las nuevas deudas surgidas por el mismo concepto; pero en la presente ejecución lo único que se ventila es lo adeudado por pensión compensatoria, cuyo importe el ejecutado ni discute ni acredita haber satisfecho, lo que obliga a la confirmación del auto recurrido.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Nulidad de lo actuado en la liquidación de la sociedad de gananciales dado que, habiendo solicitado la ex esposa la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio, la falta de justificación ante el Juzgado de la presentación de la solicitud, sin haberse fijado además un plazo para ello, no puede llevar sin más a tenerla por conforme con la liquidación presentada por la parte contraria.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 27 de mayo de 2011

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

En la demanda que encabeza las actuaciones que, por vía del presente recurso, se someten a nuestra consideración don Heraclio, tras alcanzar firmeza la sentencia de formación inventario de la sociedad de gananciales en su día constituida con doña Rafaela, interesa que se proceda a la liquidación de dicho régimen, mediante la propuesta contenida en dicho escrito rector del procedimiento.

La citada solicitud es admitida a trámite por providencia de 1 de febrero 2010, en la que se acuerda convocar a las partes a la comparecencia regulada en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalándose, a tal fin, el día 26 de febrero a las 11,30 horas.

Tras ser citada para tal acto, la Sra. Rafaela comparece en la Secretaría del Juzgado el día 22 de febrero, alegando que carece de medios económicos, por lo que solicita que se le nombren Abogado y Procurador del turno de oficio, ante cuya petición se le hace saber, en el mismo acto, que «se procederá con esta fecha a la suspensión del procedimiento y que debe solicitar el nombramiento de Abogado y Procurador en el despacho correspondiente del Colegio de Abogados, puerta n.º 4 de la planta baja del edificio de los Juzgados de c/ Capitán Haya n.º 66 rotulada como: turno de oficio, una vez presente la solicitud deberá traer a este Juzgado el justificante de haberse personado en dicho despacho. Se le informa que de no hacerlo así se continuará la causa sin más citarle ni oírle, declarándole en rebeldía».

No obstante la comunicada suspensión del procedimiento, y sin mediar ninguna otra reso-

lución que modificara la referida decisión, se celebra, en la fecha en principio acordada (26 de febrero), la comparecencia regulada en el artículo 810 LEC, a cuyo acto tan sólo asiste el demandante, dictándose, en la misma fecha, Auto aprobando la propuesta de liquidación presentada por aquél.

Notificada dicha resolución a la Sra. Rafaela, y personada la misma en las actuaciones por medio de la Procurador que le fue designada en el turno de oficio, se alza contra dicho criterio decisorio, solicitando de la Sala que declare la nulidad de las actuaciones, reponiendo las mismas al momento de celebración de la comparecencia prevista en el antedicho artículo 810, debiendo el Juzgado señalar nuevo día y hora a tal fin.

Planteamiento que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

El derecho a no padecer indefensión que proclama el artículo 24 de la Constitución conlleva, entre otras imprescindibles garantías, la de la defensa y asistencia letrada, en orden a asegurar la efectiva realización del principio de igualdad de armas procesales y de contradicción. Ello, conforme declara el Tribunal Constitucional, impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el referido precepto. Se sigue argumentando que para la efectividad del derecho a la asistencia letrada, los citados órganos deben, en principio,

acordar la suspensión del curso del procedimiento hasta tanto no le sea nombrado al litigante que carece de recursos económicos, o que se ve en la imposibilidad de contar con un Letrado de su elección, un Letrado del turno de oficio que asuma su defensa técnica en el proceso, y ello porque puede producirse una inaplicación práctica del principio de contradicción cuando no se suspende el curso del proceso hasta que le sea nombrado de oficio, con el resultado de que se le tenga por decaído en el derecho a formular oposición, produciéndole ello una real y efectiva situación de indefensión material (vid STC de 6 de mayo 2002, que la apelante cita en su escrito de formalización del recurso).

Tal doctrina, en lo que concierne al proceso civil, supone el desarrollo pormenorizado, en supuestos como el que nos ocupa, del artículo 225.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que proclama la nulidad de pleno derecho de los actos procesales cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión.

Y así ha acaecido en el caso que examinamos en el que, como se ha referido, la petición de la demandada en orden a la designación, para su representación y defensa en el procedimiento iniciado de contrario, de Procurador y Letrado del turno de oficio, determinó que se le comunicara personalmente que el procedimiento quedaría suspendido en la misma fecha, no obstante lo cual, y sin dictarse ninguna otra resolución que quedara sin efecto lo así decidido, se celebró, a los cuatro días, la comparecencia señalada mediante providencia de 1 de febrero, en cuyo intervalo temporal resultaba sumamen-

te difícil que la solicitante del beneficio de justicia gratuita reuniese la documentación precisa a tal fin. A mayor abundamiento, y aunque en la comparecencia efectuada por la hoy recurrente, en fecha 22 de febrero de 2010, se le hizo saber la obligación de justificar ante el Juzgado la presentación de la solicitud de justicia gratuita, informándole que, de no hacerlo así, se continuaría la causa sin más citarla ni oírla, es lo cierto que no se le fijó, al efecto, un determinado plazo, ni, según se ha expuesto, ello podría haber sido cumplido en el de tan sólo cuatro días que restaban hasta el fijado para la celebración de la comparecencia de 26 de febrero que, conforme a lo reflejado en la redacción de la de 22 del mismo mes, quedaba suspendida, a pesar de lo cual se celebró.

Ha de concluirse, por lo expuesto, que la realización de un acto procesal de la trascendencia del que regula el artículo 810.3 LEC, a la vista de lo prevenido en el apartado siguiente del mismo precepto, sin ponerse ello en conocimiento previo de la hoy recurrente, confiada en la suspensión del mismo, ha determinado una flagrante vulneración del principio de tutela judicial efectiva consagrado en el repetido artículo 24 de la Constitución, lo que ha de determinar la aplicación al caso de las radicales y necesarias consecuencias sanadoras contempladas en los artículos 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no pueden quedar excluidas ante las denunciadas, por la parte apelada, conductas procesales antecedentes de la Sra. Rafaela, ni tampoco por incidencias posteriores que no excluyen, ni atenúan, la efectiva indefensión producida por la irregular tramitación del procedimiento ante el Juzgado.

Para calcular el valor de la vivienda a efectos de determinar el porcentaje ganancial debe incluirse el IVA que abonó la ex esposa antes de contraerse el matrimonio.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira

El Juzgador de instancia, al determinar el inventario de la sociedad de gananciales vigente en

su día entre los interesados, concluyó que sólo resultaba acreditado incluir como parte de su ac-

tivo un porcentaje equivalente al 13,19% de la vivienda inscrita con el n.º (...) en el Registro de la Propiedad de Petrer, al tomo (...), libro (...), folio (...).

Sin embargo, como alega la recurrente, el porcentaje otorgado por el Juez *a quo* se ha sustentado en una valoración errónea de la documentación obrante en autos, al no haber tenido presente que el valor total de la vivienda adquirida por la demandada en estado de soltera fue de 88.176,09 euros, puesto que en la pro-

pia escritura pública de compra figuraba que la promotora en dicho acto ya había recibido de la compradora el 7% de IVA (5.768,53 euros) sobre la base del precio global de 82.407,57 euros; de forma que, sumando ambos importes, resultaría la cifra anteriormente señalada, y aplicando a la misma la cantidad de 10.873,19 de dinero ganancial aportado para su compra, el porcentaje resultante a favor de la sociedad común sería el del 12,33%, en lugar del 13,19% aplicado en sentencia.

La indemnización cobrada por el esposo en virtud de la rescisión del contrato laboral en la empresa donde trabajaba debe ser considerada como ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo, que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio. Todo ello sin perjuicio de adicionar o complementar a la liquidación ganancial lo que el esposo hubiere de abonar por la correspondiente contribución al Sistema de Seguridad Social alemán y al pago de impuestos preceptivos.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de los Reyes Castresana García

Está disconforme la Sra. Bibiana sobre la exclusión de la indemnización percibida por el Sr. Ignacio a consecuencia del acuerdo alcanzado con la mercantil Daimler AG por la rescisión de su contrato laboral entre julio de 2004 a junio de 2008, al considerarla como bien privativo y no ganancial, por vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo y 28 de mayo de 2008.

Este motivo de impugnación debe ser estimado.

Ha resultado resultado acreditado que: (a) Ambos litigantes contrajeron matrimonio el 19 de julio de 2.003; (b) El Sr. Ignacio trabajó en la empresa Daimler AG de Stuttgart durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2004 al 30 de junio de 2.008 (folio 237 y ss. de autos); (c) Percibió la cantidad de 153.513 euros (brutas) en concepto de indemnización por rescisión de contrato laboral (folio 89 de autos), con anterioridad al 20 de octubre de 2.009 (folios 290 y ss. de autos), y (d) La fecha de la sentencia de divorcio firme es de fecha 9 de octubre de 2009 (folio 79 y ss. de autos y 286 y ss.).

Y con estos presupuestos fácticos es de aplicación la doctrina jurisprudencia que representa la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008, relativa a la naturaleza ganancial de la indemnización por despido cobrada correspondiente a los años en que existía la sociedad de gananciales, que defiende que «... Los criterios que ha mantenido esta Sala para determinar la naturaleza privativa o ganancial de la indemnización por despido causada antes de la disolución del régimen económico matrimonial, resumidos en la sentencia de 26 junio 2007, son la fecha de percepción de la indemnización y la naturaleza de la indemnización». La citada sentencia de 26 junio 2007, con cita de la de 29 junio 2005, señala que «El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de

percepción de estos emolumentos: si se adquieren durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles (sentencias de 25 marzo 1988 y 22 diciembre 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter (sentencia de 20 diciembre 2003)». Esta es la doctrina que debe aplicarse si bien matizada en la forma que se expresa a continuación.

Efectivamente, debe distinguirse entre lo que se debe considerar el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo y desarrolla allí sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo. El primero es un bien privativo por tratarse de un «derecho inherente a la persona», incluido en el art. 1346.5 CC, mientras que el segundo va a ser un bien ganancial, incluido en el art. 1347.1 CC. Si ello no resulta dudoso en lo que a los salarios se refiere, plantea mayores dificultades cuando se trata de «ganancias» obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y cuya extinción genera una indemnización debido a las causas establecidas en la legislación laboral. Es entonces cuando algunas veces se ha considerado que la indemnización va a sustituir la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo y por ello dicha indemnización no debe tener la condición de ganancial, sino que es un bien privativo, por aplicación del principio de la subrogación. Pero este argumento no resulta convincente, puesto que el derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido; en realidad lo que ocurre es que la indemnización por despido constituye una compensación por el

incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales. El derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no se ha lesionado en absoluto; lo único que ha quedado vulnerado de alguna manera es la efectiva obtención de las ganancias originadas por la inversión de este capital humano, que es lo que según el art. 1347.1 CC resulta ganancial.

Consecuencia de los argumentos expresados es que la indemnización cobrada por el Sr. Ignacio en virtud de la rescisión del contrato laboral en la empresa donde trabajaba, debe ser considerada como ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo, que se ha venido desarrollando a lo largo de la vida del matrimonio. Todo ello sin perjuicio de adicionar o complementar a la liquidación ganancial lo que el Sr. Ignacio hubiere de abonar por la correspondiente contribución al Sistema de Seguridad Social alemán y al pago de impuestos preceptivos, que no se han acreditado en estos autos a raíz de documentos en alemán no traducidos y aportados en forma ilegible (folios 346 y ss. de autos), salvo el de una asesoría sobre la indemnización neta tras a recibir.

Señalar que en nuestra Sentencia de 3 de junio de 2008 recogíamos la anterior doctrina jurisprudencial: «... a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1999, considera de naturaleza privativa las indemnizaciones por prejubilación, despido, etc. producidos tras la separación y recibidas por uno de los cónyuges, al considerar que esas prestaciones no retribuyen un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos recibidos, sino que provienen de la pérdida de dicho trabajo por alguna de las causas indicadas (prejubilación, despido, etc.), por lo que la jurisprudencia les otorga naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (art. 1.346-3 del Código Civil). En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29-6-00, sentencia de la AP de Burgos de 28-5-02. Esa corriente ha seguido, en

tales supuestos concretos, este mismo Tribunal en sus sentencias de 21-2-01, 9-6-03, 29-4-04 y 7-7-05...». Si bien ya señalamos en la misma que «Ahora bien, el supuesto en que nos encon-

tramos es sustancialmente distinto a los que se contemplan y analizan en las resoluciones anteriores», por lo que debemos atender a los nuevos criterios del Tribunal Supremo.

Si en un convenio regulador extrajudicial se reconoció el carácter privativo de unos bienes no puede pretenderse su inclusión en el inventario en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt**

Ciertamente se aprecia incongruencia interna de la sentencia en orden a la consideración, como formando parte del activo y pasivo de la sociedad de gananciales, respectivamente, la vivienda urbana y el préstamo hipotecario que la grava, al expresar «no entender la razón de impugnar unas partidas con las que se estaba de acuerdo al margen de posibles desacuerdos que puedan luego darse en la segunda fase *ex art.* 810 LEC de estricta función liquidatoria», haciendo referencia con ello a que la propuesta de inventario efectuada por D.ª Enma en su demanda es contradictoria, al recoger en ella partidas de activo y pasivo que precisamente se recogieron en el documento de 1 de mayo de 2008, documento éste que fue el esgrimido por el demandado para oponerse a tal inclusión. No obstante, no haciendo argumentación alguna sobre la validez o invalidez jurídica de ese documento, incluye en el activo la vivienda y en el pasivo las cantidades pendientes de amortizar del referido préstamo.

Y este es el motivo del recurso de apelación formulado por la representación de D. José Antonio, que ha de ser estimado, pues partiendo de que el denominado convenio regulador de 1 de mayo de 2008 fue suscrito por los dos cónyuges, habiendo reconocido la Sra. Enma, expresamente, haberlo firmado, sin prueba alguna de que lo hubiere hecho «bajo presiones de la parte actora», como se dice en el escrito de oposición al recurso de apelación (entendiendo que por parte actora se refiere al demandado), tal documento tiene plena eficacia jurídica, pues aunque no recibió el refrendo judicial en la sentencia de divor-

cio de 13 de febrero de 2009, no por ello dejó de desplegar su eficacia como negocio jurídico que es, pues como ya se dice por la representación del apelante (y esta Sala ha tenido oportunidad de reseñarlo en sentencia de 16 de abril de 2010) la doctrina jurisprudencial (STS de 22-4-1997, que recoge otras de 25-6-1987 y 26-1-1993) tiene establecido que «el convenio regulador que no forma parte del contenido del art. 90 del código civil, es decir, no refrendado judicialmente, aunque le falta la aprobación judicial, *conditio iuris* de su eficacia, es un negocio jurídico de derecho de familia en el que ha concurrido el consentimiento, el objeto y la causa, por lo que no hay ningún motivo de invalidez, como tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». De modo que, conforme a esta doctrina, a los efectos de la formación de inventario debe excluirse, como activo y pasivo, respectivamente, la casa y la hipoteca, por haberlo acordado así previamente ambos cónyuges, al punto de que, antes de que se disolviese la sociedad de gananciales, estaban excluidos de ella tales bienes y derechos, siendo especialmente significativo al respecto que, cuando se dicta la sentencia de divorcio, no obstante conferirse a la esposa la guarda y custodia de los hijos, se le atribuye al esposo el uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico existente en la misma en base al acuerdo existente entre los cónyuges, pacto que revela el acuerdo que, previamente, habían mantenido sobre la vivienda y el préstamo, en el referido documento.

Carácter privativo del derecho de usufructo de un inmueble aunque tal derecho se haya constituido constante el matrimonio.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 20 de mayo de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

El segundo motivo del recurso debe ser estimado; en efecto, ha quedado probado que el local de la calle Gonzalo de Córdoba número 14 de San Fernando de Henares fue adquirido por el recurrente y sus hermanos por vía de herencia de los padres de todos ellos, lo cual se encuentra completamente documentado.

Consta que tanto el recurrente como sus hermanos venden dicho local a los hijos del primero, y de la apelada, aun ignorándose el origen del dinero empleado para la compra por parte de los adquirentes, lo que no es trascendente habida cuenta de que no es objeto del procedimiento a la determinación de ninguna otra partida a incluir en la masa ganancial.

Con fecha de 15 de febrero de 2007 los hijos del matrimonio, ya como dueños del local, atribuyen el usufructo vitalicio sobre el local única y exclusivamente al recurrente, lo que se efectúa por medio de la escritura en la fecha antes indicada, en la que se hace constar que se otorga tal derecho en favor de aquél, con carácter exclusivo y en su nombre y beneficio propio, y en esos términos se procede a la inscripción de tal derecho en el Registro de la Propiedad.

Es decir, queda claro que existe un único beneficiario de tal derecho de usufructo, y no habiéndose hecho constar tal derecho en beneficio de ambos, teniendo en consideración que sólo intervino el recurrente, en dicha donación, con el consentimiento y la aceptación, en dichos términos, por parte de los donantes, lo que implica considerar privativo tal derecho, en favor del recurrente, y su exclusión de la masa ganancial.

Por último, dando respuesta al tercer motivo del recurso, cierto es que el artículo 1349

del Código Civil establece que el derecho de usufructo perteneciente a uno de los cónyuges forma parte de sus bienes propios, pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales.

Sin embargo, conviene precisar que en la sentencia de divorcio dictada el 24 de febrero de 2009 se hace expresa mención a la fecha de interposición de la demanda, en el mes de noviembre de 2008, de tal manera que a esta fecha, si tenemos en consideración desde este momento la desvinculación entre uno y otro cónyuge, en todos los ámbitos, si por otra parte, el artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece la posibilidad de solicitar la formación de inventario admitida la demanda de divorcio, es claro que la conclusión es la de la desvinculación en el ámbito patrimonial de uno y otro cónyuge, desde la fecha de interposición de la demanda, en el presente supuesto.

Cabe precisar que el convenio formalizado entre el Ayuntamiento de San Fernando de Henares y los propietarios del local se formaliza el 24 de noviembre de 2008, acuerdo por el que se establece el abono de las rentas o indemnización de la explotación del local al usufructuario; es decir, tales frutos se han devengado con posterioridad a la interposición de la demanda, con las consecuencias sustantivas y formales que ello conlleva, lo que determina la estimación del recurso, para excluir de la masa ganancial dichas rentas e indemnización, estimándose, por tanto el recurso en este apartado, por considerar que tienen carácter privativo, y puesto que tampoco es ganancial el usufructo vitalicio sobre el local antes indicado, según se dijo anteriormente.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Aunque se considere necesario el asentimiento de la madre biológica por no estar incurso en causa de privación de la patria potestad, ello no impide que en interés de la menor pueda constituirse la adopción.

AP Granada, Sec. 5.^a, Auto de 26 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt**

La alegación única del recurso de apelación no se detiene en consideraciones de fondo sobre los motivos que, a juicio de la apelante, abonarían su tesis contraria a la adopción que se interesa, quedando relegada a la cuestión incidental del carácter vinculante del asentimiento de la madre biológica para la adopción de la menor Carina, que en sentencia de ésta Sala de 2 de julio de 2010 se consideró preceptivo, al no estar incurso en causa de privación de la patria potestad, lo que no quiere decir que, *per se*, ese no consentimiento sea vinculante para lo que después se ha de resolver sobre la cuestión principal, sin que semejante alegación venga refrendada por la que llama «numerosa jurisprudencia», referida a dos sentencias de las Audiencias Provinciales de Teruel y de Vizcaya, cuyas fechas consigna, pero no su contenido, y otra de esta misma Sección, de 2-7-2010, antes citada, donde, tras su lectura, resulta evidenciado, tras la referencia que se hace al art. 177.2.2.º CC, que la vinculación del asentimiento, es decir, la necesidad legal de obtenerlo, como trámite previo, se refiere a los padres del adoptando que no estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme o que no estén incurso en causa legal de tal privación.

Y es que semejante opinión llevaría al absurdo de que quedase agotado todo el procedimiento legalmente previsto para la declaración de adopción, *ex art.* 1829 y *ss.* LEC 1881, con la sentencia firme que impusiese el previo asentimiento, lo que es evidéntísimo supondría, en pro de los intereses de la madre biológica y no de la menor, una grave contravención de lo dispuesto en los artículos 172.4 y 173. 2 y 3 del Código Civil, que supeditan a la opinión e interés de

la madre biológica, que por supuesto es digno de protección, el interés de la menor, al punto de que la reinserción en la propia familia depende de aquel interés. Siendo de destacar que la STS de 31 de julio de 2009 tiene establecido que «el principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, aparece recogido en el art. 172.4 CC como uno de los principios que rigen en materia de protección de menores desamparados, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986 y en el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y ha sido reconocida, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la sentencia 298/1993, de 18 de octubre». Habiendo sentado la doctrina, como conclusión, que «para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si ha desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su

desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales de la menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familia biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Y todos y cada uno de los condicionantes que, en interés de la menor y en pro de la consolidación del proceso de adopción a favor de la familia de acogida, se enumeran en aquella resolución, como consagración de la doctrina que, al respecto, mantiene el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, encuentran su confirmación en: a) el informe de Aldeas Infantiles SOS de España de mayo de 2004; b) el informe psicosocial de 18 de septiembre de 2008; c) el informe de la Delegación en Granada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de An-

dalucía de 31 de julio de 2010; d) el informe social de seguimiento de 29 de julio de 2010; e) el informe pericial psicológico de 1 de septiembre de 2010, donde se refleja entrevista mantenida con la menor, suficientemente expresiva de sus preferencias familiares, así como referencias sobre la situación socioeconómica de la familia acogedora; f) y el informe del profesor tutor del primer curso de educación primaria, del Centro San Agustín de Motril, de 18 de junio de 2010, sobre el aprovechamiento escolar y de integración de la menor Carina. Informes a cuyo contenido nos remitimos para evitar inútiles repeticiones, y que viene a confirmar la idea que inspira al auto apelado, que ha de ser confirmado, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

Se revoca la resolución administrativa que declaró a la actora no idónea para acceder a la adopción internacional pues reúne todos los requisitos para ello y que han quedado patentes en el informe pericial presentado por la solicitante que contradice el elaborado por la entidad pública.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Margarita Blasa Noblejas Negrillo**

Antes de entrar en el estudio del caso de autos hemos de señalar que si bien, y como ya ha declarado esta Sala en sentencia de fecha 31-1-2008, y en las de 16 de febrero de 2006 y 22 de noviembre de 2007, la legislación catalana sobre esta materia no contiene una definición de idoneidad y sí lo hacen otras legislaciones autonómicas, como la legislación de Cantabria, que en el artículo 34 del Decreto 58/2002 de 30 de mayo la define como «la adecuación y aptitud de los solicitantes para ejercer los deberes inherentes a la patria potestad, constatadas por la Administración» y la legislación de Castilla-La Mancha, que en el artículo 6 del decreto 45/2005 de 19 de abril la define como «la capacidad, actitud y motivaciones de los solicitantes de adopción para afrontar satisfactoriamente la paternidad adoptiva», en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre sobre Adopción, cuyo capítulo III regula la idoneidad de los adoptantes, se recoge

en su artículo 10 una definición de idoneidad, entendiéndose por tal «la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional». Dicha definición viene a recoger la exigencia de un plus de capacidad, de aptitud y de motivación, adecuada a las necesidades de los niños adoptados, recogiendo en la definición la existencia de peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional. En nuestro caso, de un niño chino.

En la legislación catalana, se establecen en el artículo 71 del Reglament de Protecció de Menors Desemparats i de l'Adopció, aprobado por Decreto 2/1997 de 7 de enero, los criterios que deben tenerse en cuenta para valorar la idoneidad de las personas que solicitan adoptar un

menor y se refieren a cuatro ámbitos diferentes, el ámbito personal, el ámbito familiar y social, el ámbito socioeconómico, la aptitud educadora y las características del menor. El artículo 10 de la Ley de Adopción requiere la valoración psicosocial sobre «la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional». De la redacción del referido precepto se desprende el acento que pone la legislación en la singularidad de la adopción internacional, configurándola como un proceso de mayor complejidad que la filiación biológica, con peculiaridades propias y dificultades intrínsecas que hay que tener especialmente en cuenta, muy especialmente, las necesidades y realidades de un menor adoptado, para el que se requiere un plus de capacidad y aunque es evidente que ninguna valoración o informe pueden afirmar la concurrencia de situaciones que solo pueden producirse en un futuro, existen determinados rasgos y circunstancias de la personalidad de los solicitantes, que impiden afirmar que el proyecto adoptivo pueda llevarse a efecto con un mínimo de garantías. Como ya señaló la sentencia de 22 de noviembre de 2007 «la adopción constituye un proceso complejo en el que el menor proviene de una situación de abandono cuyas consecuencias son de difícil y compleja reparación, y en el que resulta de extraordinaria importancia el amparo psíquico, lo que se ha calificado por algún autor como “la cualidad psíquica de la relación”, que requiere en la persona que solicita la adopción una capacidad de conectar, de empatizar con las necesidades emocionales del menor adoptado que se derivan de la experiencia de abandono sufrida».

Para finalizar diremos que para resolver el delicado problema de la idoneidad es necesario hacer una ponderada apreciación de las circunstancias del caso que evite tanto abrir las puertas de esta forma de filiación a personas que no reúnen las condiciones precisas para ello, como la frustración de las legítimas aspiraciones de ser padre o madre, encuadrable en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10

CE, y del propio éxito de una adopción que podría verse abortada por un enjuiciamiento excesivamente riguroso de las peculiaridades de los seres humanos.

Sentado lo anterior, vemos que el informe psicosocial de la Fundación Blanquerna de 27-10-2008, en el que se fundamenta la resolución administrativa, viene a decir que la motivación de la apelante viene condicionada por su condición de hija única y porque su hijo, adoptado cuando contaba con seis años de edad en el año 2006, quiere tener un hermano; en que no tiene recursos necesarios para hacerse cargo de dos niños, y en que no tiene soporte familiar. Entiende que no tiene realmente deseo de tener un segundo hijo, que solo quiere otro por el deseo del otro y que ha mostrado fragilidad emocional y una inseguridad personal cuando ha tenido problemas en la crianza de su hijo.

En el informe del SATAV de 23-2-2010 se observa que la Sra. María Rosario tiene un adecuado manejo de sus responsabilidades parentales hacia su hijo, aunque se desprende que éste ha tenido un proceso de adaptación difícil, si bien progresivo, a las nuevas circunstancias familiares, aunque aún hay aspectos emocionales y afectivos, sobre todo relacionados con sus orígenes, que todavía quedan pendientes de resolver adecuadamente, situación que con la incorporación de un nuevo niño desequilibraría la gradual estabilidad conseguida, tanto cognoscitiva como emocional. Según tal informe, la motivación de aquélla parte del deseo de ofrecer un hermano a su hijo, lo que denota que tiende a proyectar en éste la carencia de su propia necesidad. Fruto de las expectativas puestas en este proceso de adopción, tiene dificultades para conectar con el mundo afectivo del menor, y comprende que la posible adopción supondría un alto coste emocional al pequeño porque le implicaría volver a revivir de nuevo la experiencia de su propio proceso adoptivo, lo que podría comprometer, de forma importante, su bienestar económico y psicoafectivo. Concluye que la incorporación de un nuevo niño al núcleo familiar podría suponer una alteración de la organización y la funcionalidad de la actual cotidianeidad, así como comprometer la necesaria atención y cuidado que ambos requieren.

Finalmente diremos que la apelante en su demanda aportó otro informe sobre idoneidad realizado por la Psicóloga clínica y forense, Sra. Micaela, de fecha 30-3-2009, practicado con entrevistas a la Sra. María Rosario, exploración psicodiagnóstica de su hijo, consulta del expediente administrativo y de los informes psicossociales, y consulta de los informes psicossociales y escolares del hijo. Del mismo se desprende que aquella está completamente identificada en su rol maternal, mostrando un adecuado conjunto de habilidades necesarias en la adopción, así como un grado elevado de responsabilidad parental, por lo que considera que está totalmente capacitada para una segunda adopción. Que como consecuencia de la experiencia gratificante de ser madre, ha decidido emprender una segunda adopción internacional, sopesando de forma sensata las consecuencias de tal decisión como cualquier madre responsable y que durante dicho proceso ha expresado la natural ambivalencia inherente a la condición humana. Que por el conjunto de los resultados obtenidos y por el estudio de la documentación aportada, se considera que los argumentos de no idoneidad invocados en los anteriores informes psicossociales muestran principalmente un sesgo de subjetividad en la interpretación de los deseos de la madre y su motivación personal, por lo que considera que la Sra. María Rosario presenta las condiciones necesarias y suficientes para el proyecto de adopción internacional de un segundo hijo.

Con estos antecedentes, vemos que el primer motivo de denegación de idoneidad, la motivación de la apelante, ha quedado acreditado a lo largo del proceso su firme voluntad de ser madre por segunda vez; negó en el acto de la vista que tuviera dudas al respecto, señalando su enorme deseo de lograr una segunda adopción, corroborándose este hecho con el presente procedimiento su firme deseo de culminar el presente proyecto adoptivo. En cuanto a sus ingresos, es profesora de secundaria, percibiendo nóminas de 2.300 € por catorce pagas, y además ingresa 800 de la Generalitat por familia monoparental y cuenta con la ayuda del Fondo de Acción Social para personal docente de la enseñanza pública no universitaria. Tiene vivienda propia totalmente pagada. Su padre cuenta con 73 años y su ma-

dre 68, y tiene hermanos con hijos. Es decir, el hecho de ser funcionaria de carrera le permite tener una estabilidad laboral y económica que debe valorarse de forma positiva, y puede contar con el apoyo de su entorno familiar.

En cuanto a su falta de capacidad para hacerse cargo de un segundo hijo que podría comprometer la estabilidad del núcleo familiar a lo que se refieren los dos informes administrativos, hemos de decir que las afirmaciones realizadas en los mismos se realizaron en todo momento sin la exploración del menor adoptado, si bien en el acto de la vista, tanto los especialistas como las psicólogas del SATAV mantuvieron que la adaptación del menor era satisfactoria y presentaba los problemas normales de un menor que había estado institucionalizado, tal como es de ver en los informes de valoración de 5-11-2006, 26-4-2007 y 15-5-2008. Por su parte el colegio «Eulalia Bora» informó que el menor ha tenido un proceso de adaptación adecuado y progresivo; su rendimiento académico era lento, pero que sigue bien el proceso, sin que se observen dificultades en ninguna otra área, y se indicaba que la madre se implicaba en la trayectoria escolar del menor.

Es decir, no quedan acreditadas las condiciones objetivas y subjetivas excluyentes de su capacidad para ser madre atendido todo lo anterior y los informes obrantes en autos. En ejercicio de la facultad revisora que la legislación actual encomienda a los Tribunales sobre las resoluciones que en materia de protección de menores dicta la entidad pública, debe examinarse y valorarse todos los medios de prueba que conforme a la ley procesal pueden ser aportados por las partes a un proceso. Respecto a la prueba pericial aportada al mismo, cabe señalar, que a diferencia de lo que ocurría en la legislación procesal anterior a la Ley 1/2000 de 7 de enero, el dictamen elaborado por los peritos designados por las partes ya no tiene la consideración de prueba documental, sino que es considerado como una prueba pericial en igualdad de condiciones que la pericial emitida por los peritos designados por el Tribunal. La prueba pericial así aportada, como establece el art. 348 LEC, debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, al igual que los infor-

mes aportados por la entidad pública que han servido de base para la declaración de idoneidad, a los cuales no tiene por qué otorgárseles una fuerza probatoria superior. Por otro lado es reiterada jurisprudencia de los Tribunales, que no debe hacerse de la idoneidad un concepto tan estricto y excluyente que acabe por condicionar y limitar excesivamente la posibilidad de adopción, de manera que en aras del interés de los menores se frustren las respetables expectativas de los aspirantes a adoptar y que produzca

a aquellos menores susceptibles de adopción lo que, en principio, en una perspectiva racional, puede considerarse un perjuicio. En definitiva, la buena inserción de la apelante en el medio en el que se desenvuelve, la ausencia de disfunciones a nivel personal, familiar, y económico, y la inexistencia de motivaciones inadecuadas para la adopción, así como su capacidad para brindar al menor un buen entorno de crianza en todos los órdenes, son circunstancias que nos llevan a la estimación del recurso que se examina.

La madre no juega con sus hijos, no habla con ellos, no se interesa por su vida, por su evolución en el colegio, etc., les trata como bebés, a pesar de la edad que ya tienen. Con ello demuestra que prima sus propias necesidades afectivas sobre las necesidades de otros tipos de los menores y demuestra que desconoce las necesidades que las distintas etapas evolutivas de sus hijos precisan, por lo que se desestima su oposición a la declaración de desamparo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Tormo

Recorre la Sra. Lorena la sentencia de primera instancia que ha desestimado su oposición a la resolución de la DGAIA de fecha 2-3-09 por la que se ratificó la declaración de desamparo de sus dos hijos Carlos Alberto y Alejo y se declaró como medida más idónea el acogimiento simple en familia ajena.

Solicita la recurrente que se deje sin efecto la declaración de desamparo de los menores, reintegrándole la patria potestad sobre los mismos y, subsidiariamente se mantenga la tutela por la DGAIA, pero se le atribuya la guarda de los menores.

La DGAIA y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

El desamparo es aquella situación de hecho, querida o no, que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecido por las leyes para la guarda de los menores, situación caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias lo que dará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública que

tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia de los padres biológicos.

Y el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción, indican que los equipos técnicos competentes valorarán razonadamente la existencia de factores de riesgo social que justifiquen la apreciación de la situación de desamparo y, si es necesario, propondrán esta declaración. Se considerará que existen factores de alto riesgo social cuando en relación al menor se dé la concurrencia de indicios de, entre otros, los supuestos siguientes, por parte de sus padres, tutores o guardadores: b) Que se haya producido negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, higiénicas, de salud o educativas del menor. g) Que no haya vínculos afectivos o estos tengan muchas carencias, y k) Cuando se aprecien objetivamente otros factores que imposibiliten el desarrollo integral.

En el caso de autos se produjeron, entre otras, las referidas situaciones de riesgo en los menores Carlos Alberto y Alejo, tal como ha re-

ferido el Juzgador *a quo* certeramente, mediante sus razonamientos que constan en la sentencia recurrida, que se dan ahora por reproducidos, a fin de evitar reiteraciones inútiles, y que son básicamente los siguientes.

Los menores cuando se encontraban bajo la custodia de la madre presentaron deficiencias en su desarrollo. Carlos Alberto tenía problemas en su maduración y en el área del lenguaje. Tenía una disminución que fue cuantificada en el 39% según certificado del 4 de abril de 2007 (F. 64), y Alejo tenía problemas de comunicación y de inmadurez global por causa ambiental y debido a hipoestimulación.

La madre solicitó y recibió ayudas por parte de diferentes servicios, desde septiembre de 2003. Al intervenir los diferentes profesionales advirtieron la situación de riesgo en que se hallaban los menores. La madre les dejaba solos para ir a hacer recados, la casa presentaba múltiples riesgos, los menores estaban mal alimentados y no recibían la estimulación precisa para su correcto desarrollo. Argumentaba la Sra. Lorena que tenía un «don», pues podía ver el futuro y curar a las personas, por lo que estaba siempre cansada, de manera que nunca salía de casa con los niños, y consecuencia de ello los menores recibían poca estimulación. La interacción con su madre no era la adecuada y todo ello desembocó en la falta de estímulos en los niños y en su deficiente desarrollo. Tal actuación materna fue reiteradamente manifestada a la Sra. Lorena por los profesionales, pero ésta no aceptaba las orientaciones que se le iban dando.

Los múltiples recursos que se le fueron proporcionando no fueron aprovechados por la hoy recurrente para introducir cambios en su actitud hacia los niños, sino que los aprovechaba para sustituir lo que ella debía hacer y no hacía, permitiendo que fueran terceras personas quienes se encargaran de sus hijos.

El informe del SATAF de fecha 14 de abril de 2010 (F. 291) refiere que la Sra. Lorena aún hoy considera que no existían elementos de riesgo que justificaran la declaración de desamparo de sus hijos, mostrando una ideación de perjuicio hacia ella. Admite haber tenido alguna limitación personal para satisfacer las necesidades

de sus hijos, y se observa que tiene dificultades para conocer las necesidades de los menores correspondientes a las diferentes edades cronológicas y sus diferentes etapas evolutivas. Está convencida de su correcto ejercicio del rol materno y capacidad parental, sin percibir sus importantes dificultades lo que dificulta que pueda poner remedio a sus deficiencias y con ello conseguir el retorno de los menores con ella.

Puestos en contacto el CSMA de Vic, donde la Sra. Lorena sigue tratamiento, comunican que ha sido diagnosticada de un trastorno esquizotípico de la personalidad, con una estructura de la personalidad de base con ideación poco usual y extraña.

Y el CRAE en el que se hallan los menores informa del correcto desarrollo de los menores desde que ingresaron. Los niños se han adaptado adecuadamente al centro, tienen buena relación con sus iguales, y con los adultos, y han evolucionado en su desarrollo. La disminución de Carlos Alberto, con la adecuada estimulación que está recibiendo, se ha reducido del 39% al 15%, según resolución del 10-7-09 (F. 377), y Alejo es calificado en el colegio al que acude de muy inteligente.

Se ha acreditado la actuación de la Sra. Lorena en orden a la recuperación de los menores, pues está realizando el correspondiente seguimiento de su estado mental, en el CSMA de Vic, que aunque manifiesta en su recurso que no es una enfermedad mental y que la puede padecer muchas personas, la realidad es que sea por tal estado mental o por otras circunstancias, la actitud de la madre para con los hijos no fue lo adecuada que era necesario para conseguir el desarrollo de los menores en todas las de su personalidad. Consta en los informes que el seguimiento mental lo realiza la actora para conseguir la vuelta de los menores, sin que conste que es consciente por tanto, de la enfermedad que la aqueja. Asimismo, se ha acreditado que está realizando cursos de formación, imprescindibles para seguir percibiendo el Pirmi.

En cuanto al vínculo materno-filial, consta en los informes de fechas 4-10-09 (F. 247) y de 11-6-10 (F. 329), que en las visitas materno-filiales que se llevan a cabo durante una hora al

mes, toda la actuación de la madre se limita a dar muestras de afectividad a los menores, con múltiples besos y abrazos, que sobrepasan a los niños, quienes se dedican a jugar entre ellos y con los juguetes que se encuentran en el centro y se acercan a la madre cuando ésta les requiere para sus muestras de afecto. La Sra. Lorena no juega con ellos, no habla con ellos, no se interesa por su vida, por su evolución en el colegio, etc. Les trata como bebés, a pesar de la edad que ya tienen. Con ello la madre muestra que prima sus propias necesidades afectivas sobre las necesidades de otros tipos de los menores; y demuestra que desconoce las necesidades que las distintas etapas evolutivas de sus hijos precisan.

Así las cosas, esta Sala considera que la sentencia recurrida debe ser confirmada, pues no se ha acreditado que la Sra. Lorena haya superado las carencias que tenía de manera que pueda cubrir las necesidades que precisan sus hijos para su correcta evolución y desarrollo integral, por lo que procede denegar las peticiones formuladas en su recurso, tanto de forma principal, la revocación del desamparo, como de forma subsidiaria, la atribución de la guarda de los menores con mantenimiento de la tutela por la DGAIA, manteniéndose la resolución recurrida, sin hacer especial imposición de costas en atención al alcance del debate y en virtud de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FILIACIÓN

Se adopta como medida cautelar en un procedimiento de reclamación de paternidad la prohibición de que la menor salga del territorio nacional salvo autorización judicial y con vigencia hasta la sentencia que determine filiación paterna.

AP Vizcaya, Sec. 3.^a, Auto de 9 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Odriozola Fernández**

Frente a la cautela acordada en parte dispositiva de auto consistente en la prohibición de salida del territorio nacional de menor, salvo autorización judicial y con vigencia hasta la sentencia que determine filiación paterna, se alza la demandada sosteniendo que no hay indicio de prueba suficiente de la paternidad aducida y que existe arraigo consistente en la figura de la madre que hace irracional cualquier pensamiento de salida estable del territorio nacional.

En la presente simplemente vamos a ratificar la resolución *a quo* y lo hacemos bajo premisa fundamental de ausencia de trascendencia nociva de la cautela acordada: 1) Dadas las características del procedimiento en breve espacio temporal, celeremente se va a plasmar sentencia la cual si fuera negativa para la pretensión del actor acabaría con el humo del buen derecho necesario para la cautela, abatiendo la misma, y si fuera positiva haría emerger la necesidad de

aquiescencia de ambos progenitores para una salida del territorio nacional, en globalidad cautela con absoluta brevedad temporal existencial. 2) Por otra parte la pequeña, de un año de edad, ya está dentro del sistema de escolarización, teniendo en cuenta que éste empieza desde el nacimiento, por lo que cualquier salida con distancia amplia perjudicaría el normal desarrollo psico-físico, por breve que fuera la no presencia en el centro escolar.

No iterando principios elementales: El ideal de progenitura dual, derecho básico de todo hijo. El deber paterno de educación-formación del filio, siendo el contacto directo la mejor forma de plasmación, no queda sino, se repite, ante la insustancialidad de la cautela, en evitación de cualquier riesgo de puesta en peligro de los principios reseñados, ratificar la instancia, con consideración adlátere ni matrimonio con tercero ni titularidad de derecho de superficie con

gravamen hipotecario sustancian arraigo sólido igual consideración para la contratación laboral obrante dada la realidad del mercado de trabajo.

In fine la cautela no causa perjuicio, manifiesta brevedad temporal, asegura formación educativa ideal, y refuerza la necesaria dualidad presencial en la progenitura, subsidiariamente en añadido evita riesgo, por lo que dada la apariencia de prueba, el test de paternidad, aun no siendo probanza consistente, dadas las características es una prueba más, en el procedimiento

de fondo será objeto de análisis y de contraste absoluto, con la añadidura del resto de prueba recogida en la resolución de instancia de forma genérica, pero sin objeción en recurso, sin puesta evidente de sinrazón debe respetarse la analítica probatoria del órgano *a quo*, no queda *in fine* sino desestimar el recurso, ratificando el auto recurrido, sin costas, dada la materia y el estar ante apariencia probatoria no cerrada ni concluyente, lo que posibilita la no fijación estricta de fáctico con consiguiente apertura de la inquisición de la alzada con cierta lógica.

UNIONES DE HECHO

No caben litis expensas entre personas que conviven sin haber contraído matrimonio.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011

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

No mejor suerte han de correr las pretensiones de la apelante sobre reconocimiento, en su favor, de una pensión de alimentos y la concesión de litis expensas, pues la presente contienda litigiosa se desenvuelve en el marco procesal al efecto habilitado por los artículos 748.4.º y 770.6.ª LEC, que constriñen, de modo exclusivo, el posible contenido de la contienda suscitada al amparo de los mismos a las medidas sobre custodia de hijos menores y alimentos reclamados por un progenitor frente al otro, a nombre de dichos descendientes.

A mayor abundamiento, y en lo que concierne a la petición de litis expensas, parece necesario recordar que el artículo 1318 del Código Civil, que regula tal derecho, parte de la existencia del vínculo matrimonial entre los litigantes, lo que no acaece en el caso examinado, no resultando tampoco viable la aplicación extensiva, por analogía, que propugna la ahora recurrente, a quien, además, le ha sido reconocido el beneficio de justicia gratuita en el presente procedimiento.

Se fija una indemnización por enriquecimiento injusto al cese de la convivencia de pareja que se prolongó durante nueve años por importe de 125.000 euros, ateniendo a lo tardío en el inicio de la relación estable que habría posibilitado, si la conviviente lo hubiese querido, el aumento de su formación o sus posibilidades laborales.

AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Por la parte apelante se solicitó la desestimación de la reconvencción, dejando sin efecto la fijación de pensión compensatoria.

De lo actuado resulta que actor y demandada convivieron en unión de hecho no matrimonial desde 1999 a 2006. Sin embargo la relación

amorosa se inició en 1987 con motivo del destino policial del actor en la ciudad de Jaén y ya desde 1997 consta que el actor efectuaba cuantiosos ingresos con periodicidad mensual en la libreta de ahorros de la demandada, emitida en Jaén.

Sin embargo, desde 1987 a 1997 no consta que la demandada acompañase con carácter estable al actor en sus múltiples destinos, algunos en el extranjero (Venezuela) y solo consta empadronada junto al actor en Marbella (folio 102) desde el año 2000.

Los trabajos que ha desarrollado la demandada lo han sido en itineraje, por escaso tiempo, y en consonancia con su baja cualificación profesional (graduado escolar).

Sentadas estas bases que extractadamente se relacionan con lo ya expuesto y aceptado, por esta Sala, de la sentencia recurrida, y partiendo de que los miembros de la pareja no desean estar unidos en vínculo matrimonial civil, tampoco puede aplicárseles el régimen supletorio de gananciales ni por extensión la comunidad de bienes.

Conforme con el apelante que no puede aplicarse el art. 97 del CP, pero a parecida conclusión se llega aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto y de acuerdo con el art. 218 LEC, el tribunal de apelación sin apartarse de la causa de pedir y por diversos fundamentos jurídicos que en la sentencia recurrida (principio de enriquecimiento injusto) considera parcialmente razonable la postura de la parte demandada expresada por ella misma a los folios 92 y 98 de su reconvención como petición subsidiaria.

Sobre este particular declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«... la sentencia de 12 de septiembre de 2005 (rec. 980/02), especialmente relevante al haberse dictado por el Pleno de los Magistrados de esta Sala en atención a la diversidad de soluciones, o más bien de fundamentos, que se daban a problemas similares generados por la ruptura de uniones de hecho, descartó la aplicación analógica de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, para optar en cambio por aplicar el principio general prohibitivo del enriquecimiento injusto (FJ 3.º), esto es,

precisamente por la solución que en el motivo se considera como “viejo sistema” ya abandonado (STS, Civil sección 1 del 11 de Diciembre del 2008 (ROJ: STS 7102/2008).

La adecuada respuesta a la cuestión suscitada en el recurso, y, por tanto, en la demanda, pasa, ante todo, por poner de manifiesto, tal y como se hace en la reciente Sentencia de 8 de mayo de 2008 —recogiendo, a su vez, los términos de la de fecha 19 de octubre de 2006—, que la realidad social que encierra la convivencia a modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy próximas de toda consideración jurídica, lo que no significa que tales uniones fueran contrarias a la ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Como se recuerda en la Sentencia de 19 de diciembre de 2006 —a la que alude la de fecha 8 de mayo de 2008, antes mencionada—, la doctrina jurisprudencial se ha referido a las mismas como familia natural —sentencia de 29 de octubre de 1997—, situación de hecho con trascendencia jurídica —sentencia de 10 de marzo de 1998—, realidad ajurídica con efectos jurídicos —sentencia de 27 de marzo de 2001—, o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencia de 5 de julio de 2001—. En las sentencias de 17 de enero de 2003 y de 5 de febrero de 2004, recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alegal y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también —cfr. sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005, esta última de Pleno— que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico —artículo 1.1 de la Constitución—, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad —artículo 9.2 de la Constitución— y justifica, como se precisa en la sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el Título relativo a los derechos y deberes

fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás —artículo 10.1 de la Constitución— sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato discriminatorio —artículo 14 de la Constitución— y la expresa protección a la familia —artículo 39.1 de la Constitución—, no sólo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia *more uxorio*.

Paralelamente a lo anterior, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio —sentencias de 12 de septiembre de 2005 y de 19 de octubre de 2006, y sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 y 222/92, por todas—, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aun más: hoy en día —como dice la sentencia de 12 de septiembre de 2005—, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias.

Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por *analogia legis* de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la *analogia iuris* —como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado—, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (Sentencias de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006), pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los con-

vivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 2008).

Inistiendo en lo anterior, se ha de significar que esta Sala —cfr. Sentencias de 12 de septiembre de 2005, de Pleno, y 19 de octubre de 2006, y tras ellas, la de fecha 8 de mayo de 2008, en recurso de casación 1428/2001— ha acudido al mecanismo de la *analogia iuris* para extraer, por inducción, un principio inspirador con arreglo al cual se pueda resolver la cuestión consistente en cuáles han de ser las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia *more uxorio*, presupuesta la ausencia de norma específica legal y la falta de pacto, expreso o tácito, establecido por los miembros de la pareja. De esta forma, se ha buscado y encontrado fundamento a la compensación del conviviente que ha visto emperorada su situación económica a resultados de la ruptura de la relación en la figura del enriquecimiento injusto, ampliamente considerado, y gravitando en torno a la denominada «pérdida de oportunidad», que sería —como explica la sentencia de 12 de septiembre de 2005— «el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de “empeoramiento” que ha de calificar el desequilibrio».

La misma jurisprudencia ha explicado, además, que el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*); y que el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.

Como se precisa en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, de continua referencia, hay, sin duda, otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos de desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan éstos, en unos casos, en el principio general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitu-

cional que proclama la dignidad de la persona y el desarrollo de la libre personalidad —artículo 10.1 de la Constitución—, que sitúa el centro de atención, no en el hecho de si se han efectuado aportaciones económicas o se ha sufrido un empobrecimiento, sino en la circunstancia de que haya habido importantes aumentos patrimoniales durante la convivencia y en la dedicación al trabajo y atención al hogar, dejando al conviviente que la ha prestado al margen de todo beneficio económico. En otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia *more uxorio* de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial —artículos 97, 98 y 1438— con base en la similitud relativa entre uno y otro caso —y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional (STC 222/1992)—, que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución —o nulidad, según el caso— del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas —sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía—, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto.

Llegado este punto, debe recordarse que son ya doce las Comunidades Autónomas que han regulado legalmente las uniones de hecho en sus distintos aspectos, llegando algunas de ellas a establecer las normas que han de regir las

consecuencias económicas de su ruptura. Entre ellas se encuentra la Comunidad Valenciana, que ha dictado la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho, cuya aplicación está condicionada a la inscripción de la pareja en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, que tiene, además, carácter constitutivo (art. 1.1 y 2), si bien dicha Ley no regula las consecuencias de la extinción de la unión, limitándose exclusivamente a remitirse a la voluntad de las partes, y a prever la inscripción del pacto entre ellas que regule dichas consecuencias (STS, Civil, sección 1 del 30 de octubre del 2008).

En relación con lo expuesto, dada la convivencia *more uxorio* desde 1997 a 2006, la escasa cualificación laboral de la demandada cuando inició la relación, que luego no ha aumentado, y su edad al romperse la relación (48 años) se fija la indemnización por enriquecimiento injusto en 125.000 euros que es la solicitada por la demandada en su reconvenición, para el caso de que se acogiese la petición por la vía de enriquecimiento injusto, que se aproxima a la ofrecida por el actor extrajudicialmente y que proporcionalmente es más adecuada que la hasta ahora fijada, pues la establecida por el Juzgado era parcialmente excesiva, dado el tiempo de duración de la convivencia de nueve años y lo tardío del inicio de la relación estable que habría posibilitado, si la demandada hubiese querido, que hubiese aumentado su formación o sus posibilidades laborales.

OTRAS CUESTIONES

La persona adecuada para desempeñar el cargo de tutor de la declarada incapaz es la Fundación Nuestra Señora de los Ángeles, y no su hermana, que no mantenía ningún tipo de relación con ella desde hacía muchos años. Es más, desconocía la enfermedad mental de Alzheimer que padece su hermana y que le había llevado a un tipo de vida de práctica indigencia.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Tormo**

Se alza Doña Patricia contra el pronunciamiento de la sentencia que ha declarado la incapacidad

plena de su hermana, Doña María del Pilar, y ha designado a la Fundación Nuestra Señora de los

Ángeles para ostentar su tutela. Solicita en su recurso que se nombre tutora de su hermana a la Sra. Leonor.

El Ministerio Fiscal y la Sra. María del Pilar se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

Centrada la presente apelación en la determinación de la persona adecuada para desempeñar el cargo de tutor de la declarada incapaz, debe concluirse coincidiendo con el criterio del Juzgador *a quo*, que es más idónea para el ejercicio de la tutela de la Sra. Patricia la Fundación Nuestra Señora de los Ángeles que la persona que la recurrente postula para tal cargo.

Tal como refiere la sentencia recurrida, la incapaz y su hermana, hoy recurrente, no mantenían ningún tipo de relación entre ellas desde hacía muchos años. Desconocía la actora la enfermedad mental de alzheimer que padece su hermana, y que le había llevado a un tipo de vida de práctica indigencia. Tampoco la Sra. Leonor mantenía relación alguna con la Sra. María del Pilar, ni tales familiares se habían preocupado nunca por el estado de la incapaz.

Pretende la recurrente trasladar a su hermana a otra residencia diferente a la que actualmente vive, sin expresar más motivo que de esa manera podrá visitarla, sin atender al mayor beneficio que precisa la Sra. María del Pilar, pues tal cambio en su vida, dada la enfermedad que padece, no le aportaría mas que desorientación y desubicación espacial y temporal, tal como aprecia con acierto el juzgador *a quo*.

Las obligaciones que suponen la asunción de la tutela han sido asumidas por la Fundación

Nuestra Señora de los Ángeles de forma adecuada desde que por Auto de medidas cautelares se le atribuyó la función de defensora judicial, sin que se le reproche en el recurso motivo alguno que determine el cambio de la función tutelar que propugna la Sra. Patricia.

El orden de delación establecido en el artículo 179, 1 del propio Codi de Família no es vinculante para el órgano jurisdiccional, quien puede alterarlo e incluso prescindir de todas las personas mencionadas en dicho precepto, atendido al prioritario y prevalente beneficio de la incapaz, tal como lo ha proclamado una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial al expresar que el cargo de tutor del incapaz deberá recaer siempre en la persona que resulte más idónea para atender, cuidar y representar sus intereses, tal como establece el número 2 del artículo 179 del Codi de Família de pertinente aplicación al caso de autos. Pero en este caso no se ha acreditado por la recurrente que la Sra. Leonor vaya a ejercer con mayor acierto la función tutelar que la actuación que está llevando a cabo la Fundación designada para ostentar su tutela

Por todo ello, esta Sala considera, coincidiendo con el Juzgador *a quo* y con la postura del Ministerio Fiscal, que la Sra. Leonor como solicita la recurrente, no es la persona mas idónea para ejercer el cargo de tutora de su hermana, sino que la designación de la fundación privada sin ánimo de lucro designada como tutora de la declarada incapaz que se ha efectuado en la sentencia recurrida es la mas idónea, por resultar lo más beneficioso para ésta, por lo que procede desestimar el recurso formulado.

JUZGADOS DE LO PENAL

CUESTIONES PENALES

Se condena a la esposa por la acusación y denuncia falsa contra su ex marido, y por la presentación de testigos falsos a la pena de un año y seis meses de prisión, fijándose una indemnización de 8.000 euros por daño moral. Igualmente se condena a los padres de la esposa por falso testimonio a la pena de seis meses de prisión.

Juzgado de lo Penal n.º 1 de Granada, Sentencia de 19 de julio de 2011

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Manuel Piñar Díaz**

1. Hechos probados

Tras haber visto y oído las pruebas practicadas este Juzgado declara probado «que Natalia denunció en dos ocasiones a su marido Adrián ante la comisaría centro de la Policía Judicial de Granada, los días 7 de Mayo y 18 de julio de 2007 contra por las que posteriormente sería juzgado, aunque resultó finalmente absuelto».

En la denuncia de 7 de mayo de 2007 afirma la denunciante que «desde que se separaron su ex marido no ha dejado de acosar a la declarante, aprovechando las llamadas telefónicas que le hace a su hija para pedirle a la niña que le pase el teléfono a la dicente, siempre insultándola y amenazándola con que le va a quitar a su hija». Añade que los insultos que le profiere su marido contra la declarante son tales como «Eres una puta, guarra, te voy a denunciar por loca...».

El 18 de julio de 2007, Doña Natalia denuncia nuevamente a Adrián imputándole haberla amenazado con que la iba a echar de su trabajo a la actual pareja de la denunciante, y con que le iba a quitar a la hija común que tienen y en su declaración de 20 de julio insistió en que la llamada ocurrió el día 18 de julio sobre las ocho y media de la tarde.

Y añadió «que esas llamadas las han oído diversos familiares de la declarante, su ma-

dre, su padre y su compañero actual, su amiga Rosa».

Sobre la base de esas denuncias Adrián fue acusado y juzgado por delito de amenazas y una petición de pena de 11 meses de prisión por los siguientes hechos que se le concretaban en el escrito:

«El acusado, anteriormente casado con Doña Natalia, en numerosas ocasiones, desde aproximadamente el mes de mayo de 2007 al mes de julio del mismo año, ha contactado telefónicamente con Doña Natalia y en el transcurso de estas conversaciones ha proferido contra ella frases como “te voy a hacer infeliz”, “te voy a quitar a la niña”, “voy a decir que estás loca”, “ten tengo ver debajo de un puente”, “eres una puta”, “guarra”, “te voy a denunciar por loca”, y similares...», no obstante lo cual resultó absuelto.

En su declaración judicial de 20 de julio, amplía la denuncia y manifiesta que con posterioridad a la fecha de 7 de mayo de 2007 está recibiendo llamadas de este tipo «casi a diario» en las que el denunciado le dice que está loca, que le va a quitar a la niña, puta y que hasta que no la vea hundida debajo de un puente que no va a parar.

Requerida Natalia para que concretase la fecha y modo en que recibió los insultos y amenazas manifestó que se produjeron «en las llamadas del 6-7-07, 13-7-07, que no recuerda hora, por la tarde o tarde noche; no recuerda la duración de las llamadas. Que esos días coincidían porque llevaba a hija a la piscina, y por eso lo recuerda».

Por su parte, los acusados testigos en aquel juicio, y hoy también acusados, Piedad y Luis Francisco, asistieron como testigos en la causa seguida contra Adrián a raíz de las denuncias aludidas.

En la vista oral, la Sra. Piedad afirmó que cuando Adrián «llamaba a su hija, esta ponía el teléfono en manos libres para sus padres escucharan las amenazas».

Y añadió que escuchó decir al hoy querrelante decir «... eres una puta, te tengo que hundir...» «que oyó insultos hacia ella y su marido, y también insultos hacia su hija». A continuación, una vez que SS.^a le advirtió de que su hija había declarado en el juicio algo totalmente distinto a lo que ella estaba declarando, y una vez que le recordó estar bajo juramento, tuvo que reconocer que lo que venía declarando era mentira y afirmó que «rectifica y dice que oyó la de sinvergüenza a ellos, ella y su marido, y que por la cara que puso su hija, presupone que la insultó como su hija dice, pero no lo oyó».

Por su parte el testigo Luis Francisco manifestó que «en una ocasión estando en la casa y con el manos libres puesto el declarante escuchó a Adrián amenazar a su hija y al declarante le llamó sinvergüenza... y añadió que su hija puso el manos libres y escucharon él y su mujer cómo aquel le decía a su hija, “puta, que tenía que ver a su hija en la calle”, ratificándose así en su declaración de instrucción, y contradiciéndose abiertamente con lo que declararon en el acto del juicio oral su mujer e hija.

A raíz de las denuncias Adrián fue acusado por delito de amenazas con petición de pena de 11 meses de prisión y se adoptó en su contra la medida de seguridad de no poder acercarse ni comunicarse con la madre de su hija, con el consecuente trastorno que le suponía tener que depender de terceras personas que le ayudaran a la recogida y devolución de la menor, la imposi-

bilidad de asistir a las reuniones del colegio, la imposibilidad de hablar con su hija por teléfono durante los casi 3 años que ha durado el procedimiento».

2. Análisis y valoración de las pruebas

La veracidad y contenido de las denuncias de 7 de mayo y 18 de julio de 2007 interpuestas por Natalia contra Adrián consta acreditada en los ff. 37 y 38 y 42 y 43, sobre cuya base se monta el escrito de acusación de los ff. 47 a 50 en contra de Adrián.

En la denuncia de 7 de mayo se imputa a Adrián la realización de continuas llamadas de contenido insultante, como eres una puta guarra, te voy a denunciar por loca y con amenazas de que le va a quitar la niña, cuando llamaba a la niña y ella cogía el teléfono. Le imputa además haberla cogido del brazo apretándole y zarandeándole.

En la de 18 de julio le imputa haber manifestado que iba a conseguir que echasen a Juan del trabajo por sus cojones, tienes que ser infeliz, te voy a quitar la niña y decir que estás loca, fijando como lugar de los hechos su domicilio en c/ Ávila Segovia a las 20,33 horas del 17 de julio de 2006.

Sin embargo, en su declaración judicial (f. 45) Natalia sitúa la llamada no el 17 de julio de 2006, ni siquiera al 17 de julio de 2007, sino el 18 de julio de 2007, pues declara el 20, a las 8,30 de la tarde, aunque después aclara que recibió tanto el 17 como el 18 de julio y los días 6, 8, 11 y 13.

En el f. 70 y 370 se contiene la declaración de la acusada Natalia en la vista del juicio oral 475/08 donde mantiene su denuncia y añadió que en una ocasión dijo que sus padres eran unos sinvergüenzas y lo escucharon ellos al poner el manos libres, aunque en el f. 74 (370 vto) rectifica y dice que solo lo oyó su padre y que su madre no oyó nada, Aclara que el 18 de julio la niña estaba con el padre y su padre Luis Francisco junto con su madre Piedad solo oyeron una llamada. Y en el f. 73 (372), tras haber admitido que ninguna de las llamadas que se le exhibieron trascritas contenía insultos o amenazas, concreta que el 6 y 13 de julio de 2007 por la tarde o tarde noche, no recuerda cuándo, pero

sí se acuerda porque llevaba la niña a la piscina, recibió insultos y amenazas.

En el mismo f. 74 (372 vto.) Piedad manifiesta que su hija puso el manos libres y oyó cómo Adrián decía a su hija eres una puta, te tengo que hundir, que es totalmente distinto de lo de sinvergüenzas que es lo que su hija había declarado como expresión oída por sus padres, aunque después la limitó a su padre al admitir que su madre no oyó nada.

En el f. 75 (373) dijo que oyó a Adrián en varias ocasiones amenazar e insultar a su hija en 2007. Pero después dijo que oyeron insultos ella y su marido y hacia su hija, aunque después se desdice y aclara que no oyó insultos a su hija pero los supuso por la cara que puso esta.

Y también en el f. 75 (373) Luis Francisco ratifica su declaración sumarial y manifiesta que en una ocasión estando presente su mujer oyó decirle puta, que tenía que verla en la calle y a él le dijo sinvergüenza.

Las transcripciones de las llamadas que el acusado realizaba a su hija, de los ff. 446 a 602 no contienen expresión alguna insultante o amenazante proferida por el acusado hacia Natalia ni hacia Luis Francisco ni hacia Piedad.

En concreto las llamadas del 18 de julio de 2007 aparecen transcritas en la pag. 575 a 581, y ninguna conversación hay entre Adrián y Natalia ni insultos hacia esta.

En juicio los acusados no dieron ningún argumento convincente que desvirtúe la evidente falsedad de las denuncias y de los testimonios. Su línea defensiva se basó en que no todas las llamadas que hubo en esa época están transcritas y no todas las grabaciones recogen la totalidad de duración de las llamadas.

Admitió Natalia que cuando denunció sabía que ya había sido denunciada por Adrián y admitió también que hablaban todos los días sobre temas de la niña ni la amenazaba todos los días. Que no recordaba haber recibido amenazas cuando llevaba a su hija a la piscina y acabó admitiendo que en esa fecha en que ella dijo que llevaba la niña a la piscina cuando fue amenazada, y por eso recordaba la fecha, en realidad la niña estaba con su padre, aunque trató de justificar tan tamaña falsedad porque hubo un baile de fechas.

También su madre Piedad manifestó que en varias ocasiones oyó a Adrián decir por teléfono a su hija, puta te tengo que ver debajo de un puente, después de manifestar su hija que solo su padre oyó una vez llamarles y admitir en el juicio y admitir la propia Sra Piedad en el f. 75 y 373 que ella no oyó nada pero lo supuso por la cara que puso su hija.

Luis Francisco admitió que oyó el insulto de sinvergüenzas y más cosas pero no concretó cuáles.

No es solo el contenido de las grabaciones de los ff. 446 a 602 el que acredita la falsedad de las denuncias y testimonios de los acusados, y por ello el que estén todas o estén más o menos completas, es lo de menos. Es sobre todo la ausencia de sintonía entre las manifestaciones de los acusados, sus contradicciones, los graves errores en los detalles suministrados admitidos por ellos mismos y sobre todo esas imputaciones genéricas, carentes de ese matiz aclaratorio que permite deslindar cuándo se dice la verdad y cuándo se miente.

No es creíble que digan la verdad cuando se suministra como detalle de convicción para recordar una fecha de insultos porque estaba llevando la niña a la piscina los días 6 y 7 de julio, para acabar admitiendo que en esos días la niña estaba con el padre en Roquetas, como muestran los ff. 80 a 84. Ni que diga en su denuncia que recibía continuos insultos y amenazas y no aparezca ni uno en 79 llamadas, resultando por ello nada creíble que sea en una o dos de ellas, supuestamente realizadas y no grabadas, donde se contienen esa multitud de insultos y amenazas. No es creíble que la madre oyese nada cuando dice que oyó puta, te tengo que hundir, la hija dice que oyó lo de sinvergüenzas, después la madre admite que no oyó nada y lo supuso por la cara que puso la hija, aunque nuevamente viene a decir que oyó puta te tengo que ver debajo de un puente, pasando por la explicación del padre que su mujer oyó lo de sinvergüenzas, para después admitir que pudo no haberlo oído porque estaba en la cocina y él oyó más cosas, sin aclarar qué cosas.

Todas las manifestaciones de los acusados en las distintas fases de este procedimiento y en el que dio lugar al juicio oral 475/08 del Juzga-

do Penal 6 donde se juzgó y absolvió a Adrián por delitos de amenazas e injurias (f. 51, 56) despiden tufo a zafia falsedad. Ya apuntaba hacia ella la Sentencia del f. 51 el destacar cómo la acusada Natalia el 7-5-07 (f. 17) hizo referencia a un periodo de acoso verbal mientras en la denuncia del 18-7-07 lo sitúa desde enero, con el añadido de que la primera denuncia que interpuso Natalia fue el día después de ocurrir una pelea entre Adrián y su nueva pareja y sabiendo ya ella que Adrián había denunciado.

Hay por tanto elementos que convencen a este Juzgado de que los acusados sabían y conocían en todo momento que sus imputaciones contra Adrián eran falsas.

3. Tipificación de la conducta y participación del/los acusado/os

En la conducta de Natalia son apreciables dos delitos de los que responde como autora.

El primer delito viene tipificado en el artículo 456.2, que penaliza la falsa denuncia por la que se imputa un delito menos grave cometida desde el momento en que en dos ocasiones ante la Policía Nacional de la Comisaría Centro, una el 7 de mayo donde imputa a Adrián que «desde que se separaron su ex marido no ha dejado de acosar a la declarante, aprovechando las llamadas telefónicas que le hace a su hija para pedirle a la niña que le pase el teléfono a la dicente, siempre insultándola y amenazándola con que le va a quitar a su hija» e insultos como «eres una puta, guarra, te voy a denunciar por loca...». Y otra el 18 de julio de 2007 donde imputa haberla amenazado con que la iba a echar de su trabajo a la actual pareja de la denunciante, y con que le iba a quitar a la hija común que tienen, dando lugar a la instrucción contra Adrián de un procedimiento de malos tratos por el que fue detenido, acusado en base al art. 153, 174 y 620 y finalmente absuelto por el Juzgado penal n.º 6 de Granada, en sentencia devenida firme. En ambos casos la acusada acomete la denuncia contra Adrián en represalia por haber denunciado este a su compañero sentimental, con mala fe y sabiendo que nada de lo que había denunciado era cierto, con el propósito de inferir un mal a su ex marido amparándose en el rigor tuitivo de la legislación de protección de violencia de género.

En la conducta de la acusada concurren todos los elementos del delito de acusación o denuncia falsa que exige: 1) una imputación precisa y categórica de hechos concretos y específicos dirigida contra persona identificable; 2) que tales hechos, de ser ciertos, constituirán delito o falta perseguibles de oficio; 3) la imputación ha de ser falsa, incierta y carente de sustento real; 4) la denuncia ha de llegar ante autoridad que tenga obligación de actuar; y 5) que exista intención delictiva con mala fe, esto es, conciencia de que el hecho denunciado es delictivo y falso.

También de los hechos probados se deriva la comisión de un delito del artículo 461 en relación al 458.2 del que responde como autora Natalia. El artículo 461 penaliza la conducta consistente en presentar a juicio a testigos falsos para que verifiquen una versión de los hechos igualmente falsa. En el juicio oral 475/08 del Juzgado Penal 6, donde se juzgaron los hechos denunciados por Natalia, comparecieron como testigos a la sesión de juicio, celebrado el 15 de abril de 2009, los padres de la acusada Luis Francisco y Piedad, quien ella refirió en su denuncia como personas que habían presenciado las numerosas amenazas e insultos que estaba recibiendo de su marido, lo que provocó que fuesen citados a juicio como testigos, donde trataron, según refleja el relato probatorio, de dar veracidad a los hechos por los que se acusaba a Adrián.

Y finalmente es apreciable un delito de falso testimonio contra reo cometido por Luis Francisco y Piedad ya que ambos comparecieron en juicio celebrado en el Juzgado penal 6 de Granada el mismo día 15 de abril de 2009, asegurando la Sra. Piedad que Adrián «llamaba a su hija y esta ponía el teléfono en manos libres para sus padres escucharan las amenazas». Y le escuchó decir «... eres una puta, te tengo que hundir...», «que oyó insultos hacia ella y su marido, y también insultos hacia su hija». Tales imputaciones no solo devienen falsas por la absoluta falta de veracidad en que tuviesen lugar, pues su propia hija dijo que ella no oyó nada, sino también porque la propia acusada «rectifica y dice que oyó lo de sinvergüenza a ellos, ella y su marido, y que por la cara que puso su hija, presupone que la insultó como su hija dice, pero no lo oyó».

El falso testimonio imputado a Luis Francisco deriva de haber manifestado también en aquella sesión de juicio oral que «en una ocasión estando en la casa y con el manos libres puesto el declarante escuchó a Adrián amenazar a su hija y al declarante le llamó sinvergüenza... y añadió que su hija puso el manos libres y escucharon él y su mujer cómo aquel le decía a su hija, «puta, que tenía que ver a su hija en la calle», ratificándose así en su declaración de instrucción, y contradiciéndose abiertamente con lo que declararon en el acto del juicio oral su mujer que acabó admitiendo que no oyó nada y con la de su hija que afirmó que su padre solo oyó el insulto de sinvergüenza.

No cabe duda que ante la denuncia que planteó Adrián contra la pareja de Natalia, esta decidió tomar venganza por ella denunciando a aquel sin haber sucedido ninguno de los episodios de amenazas e insultos que refirió en su denuncia, para usar en su favor todo el sistema legal de protección a las víctimas de violencia doméstica y ponerlo en contra de Adrián con el fin de causarle daño. Y esa iniciativa se la suman sus dos progenitores tratando de verificar con su testimonio la versión falsa dada por su hija. No se trata en absoluto de una denuncia sobre hechos que pudieren ocurrir pero no han podido ser probados, pues no pudo ocurrir una amenaza o insultos el día 6 y 7 de julio de 2007 cuando llevaba la niña a la piscina porque ese día la niña estaba con su padre en Roquetas ni pudieron tener lugar amenazas el día 18 después de hablar el padre con la menor porque esa conversación quedó grabada y nada se aprecia en ella. Y a ello hay que añadir las distintas versiones de cada uno de los acusados sobre lo que oyeron y a veces las distintas versiones que cada uno da sobre su percepción.

No es de extrañar que haya personas que traten de aprovecharse de las medidas tuitivas que la legislación pone a disposición de las víctimas de violencia doméstica orquestando para ello falsas denuncias, como tratan de aprovecharse de otras muchas normas como las de seguro, por citar un caso, donde también son frecuentes falsas denuncias con propósito de cobrar la indemnización. Por ello no hay que rasgarse las vestiduras usando una expresión coloquial.

Lo que sí es rechazable es el posicionamiento ideológico al que se ha apuntado la Fiscalía General del Estado, que está impidiendo la adecuada persecución de algunas falsas denuncias por falsas maltratadas, y del que es paradigma este caso, en el que el Ministerio público desatiende su deber de acusar ante tan evidente falsedad de hechos.

Con ese excesivo celo ideológico de proteger a la mujer, está llevando a quitar la dignidad a determinados varones que son denunciados y sometidos a tediosos y rigurosos procedimientos, que con frecuencia comprenden detención y escarnio público, lo que no hace sino alimentar la violencia, dar un paso atrás en la igualdad ante la ley y en última instancia en el Estado de Derecho, posicionamiento que puede ser preludeo sin duda de ese principio de oportunidad que determinadas legislaciones de tipo autoritario atribufan a los fiscales cuando tenían a su cargo la instrucción y practicaban con asiduidad los fiscales, al servicio de Hitler o Stalin aunque ninguno de los dos se atrevió a plasmarlo en leyes.

4. Individualización de la pena y circunstancias modificativas de la responsabilidad

En la ejecución de dicho delito no es apreciable ninguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en la determinación de la pena se debe tener en cuenta la doctrina reiterada en SSTC 170/2004, 18 de octubre y 193/1996, de 26 de noviembre y STS 863/2006, 13 de septiembre, según la cual se puede imponer pena superior a la mínima del tipo en aquellos casos en los que las razones que justifican la procedencia de la pena se desprenden del *factum*.

En este caso la conducta de Natalia, según el relato probatorio, denota peligrosidad tanto por las graves acusaciones como por la insistencia en las mismas, denunciadas en dos ocasiones y relatadas como continuas y reiteradas en el tiempo. Por ello se le impone la pena de multa de 18 meses con cuota de 6 euros por el delito de falsa denuncia y 1 año y 6 meses de prisión, y multa de 18 meses con cuota de 6 euros por el delito de presentación de testigos falsos y los

otros acusados 6 meses de prisión y multa de 3 meses con cuota de 6 euros a cada uno.

En mérito al art. 58 del Código penal le será abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente y el de privaciones de otros derechos acordadas cautelarmente.

5. Responsabilidades accesorias

Responsabilidad civil

En mérito al art. 109 del Código penal, le ejecución de un hecho delictivo obliga a reparar los

daños y perjuicios causados, mediante la restitución, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios materiales y morales (art. 110) que serán exigibles a toda persona criminalmente responsable (art. 116).

En este los acusados indemnizarán solidariamente en la cantidad de 8.000 euros a Adrián por los daños morales.

Costas procesales

A tenor del art. 123 del Código Penal, las costas se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta y en este caso se comprenden las de la acusación.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

CONVENIO REGULADOR

Se deniega la inscripción de un convenio regulador que contiene la liquidación de ganancias en la que la esposa se adjudicaba un bien privativo del esposo aportado por este a la sociedad, al no constar la causa de la aportación (onerosa o gratuita) unido a la limitación de contenido que puede tener el convenio regulador.

DGRN, Resolución de 13 de junio de 2011

Para la resolución del presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

a) Mediante convenio regulador suscrito por doña I.Q.G. y don E.R.C., aprobado judicialmente, se incluyó en el inventario, entre otras fincas, una que figuraba inscrita con carácter privativo del citado don E.R.C.

b) En el mismo acto se aporta dicha finca a la sociedad legal de ganancias, «pasando a formar parte del activo de la misma», y se adjudica a doña I.Q.G.

c) La Registradora no practica los asientos solicitados porque considera necesario plasmar la citada aportación en escritura pública y por no expresarse la causa de la adquisición.

d) La recurrente alega que el título presentado para su inscripción tiene la consideración de «ejecutoria» judicial, con acceso directo al Registro de la Propiedad y que la aportación se efectúa por causa de la existencia de una vivienda ganancial construida sobre un bien privativo, que los cónyuges deciden otorgar a la esposa, por lo que para ello previamente deben solucionar el problema de la accesión invertida existente.

e) De los antecedentes del Registro resulta que tanto el terreno como la obra nueva (nave y vivienda) existente sobre la finca figuran inscritos en el Registro con carácter privativo, de conformidad con el artículo 1359 del Código Civil.

Ambos defectos deben ser confirmados. Según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la

presente), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la Sentencia que acuerda la nulidad, separación o el divorcio. Se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma Sentencia modificativa del estado de casado.

Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En efecto, como recordó dicha Resolución, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección

de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador. Así, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los Secretarios Judiciales (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él —artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—), y conforme al artículo 319.1 de dicha Ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquéllos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

Precisando más los límites de la citada doctrina, recientemente la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posi-

bilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; habrá en ocasiones un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (cfr. artículos 1397 y 1404 del Código Civil, y 18 de la Ley Hipotecaria).

En este sentido, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., Resoluciones citadas en los «Vistos») que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (vid. artículo 1223 del Código Civil), siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. artículo 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características. Estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (cfr. artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del

negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3.º y 1274 y siguientes del Código Civil). La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vide. artículos 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 y 193.2 de su Reglamento, y Resoluciones de 20 de febrero de 2003, 10 de marzo de 2004, 8 de junio de 2009, 29 y 31 de marzo de 2010 y 19 de enero de 2011).

En el presente caso no puede entenderse que el negocio jurídico celebrado tenga su adecuado reflejo documental. Habida cuenta de la ambigüedad de los términos del referido convenio (el documento se limita a afirmar que el bien —privativo— se aporta a la sociedad legal de gananciales, «pasando a formar parte del activo de la misma») no puede determinarse si se refiere a una aportación de la finca a la sociedad de gananciales realizada en ese mismo acto en el convenio de divorcio (lo que sería contradictorio con la naturaleza propia del acto de liquidación, en tanto en cuanto se estaría aportando un bien a la sociedad de gananciales que ha quedado disuelta antes de ese acto o simultáneamente al mismo) o si se trata más bien de un negocio por el que la adjudicación formalizada en el convenio comporta una compensación acordada entre los ex cónyuges, como consecuencia de los excesos o defectos de adjudica-

ción resultantes de la liquidación de la sociedad de gananciales. Tampoco puede acogerse favorablemente la alegación de la recurrente en el sentido de que la vivienda existente sobre la finca es de carácter ganancial y que la aportación de la finca privativa a la sociedad de gananciales tiene por objeto resolver un problema de la accesión, pues, por un lado, dicha causa no aparece reflejada documentalmente y, por otro, el pretendido carácter ganancial de la vivienda aparece desmentido por los pronunciamientos del Registro, ya que tanto el solar como la obra nueva figuran inscritas con carácter privativo del esposo, pronunciamiento que estando bajo la salvaguardia judicial (cfr. artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria) no pueden quedar desvirtuados por una mera manifestación en contrario vertida en el escrito de recurso.

En definitiva, las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (advértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así con relación a su protección —cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil— como a su firmeza —cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil—); la indeterminación sobre la existencia de causa negocial propia de una liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada.

VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso, ya sea mediante comodato o precario, tiene vedada su inscripción en el Registro de la Propiedad, por ser un derecho personal no asegurado especialmente.

DGRN, Resolución de 15 de julio de 2011

Mediante este recurso se pretende la inscripción del derecho de uso que sobre determinado in-

mueble se concede a los compradores «sobre la participación indivisa descrita..., en concepto

de precario y si pagar merced, si bien serán de cuenta de los precaristas los gastos de comunidad correspondientes a la misma...».

La registradora deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio, es «... un derecho que carece de trascendencia real, por tratarse de un mero uso al que no se le ha atribuido naturaleza real, y por tanto regulable conforme a las normas del comodato que impiden su inscripción...».

2. Para resolver la cuestión planteada carece de trascendencia determinar si la concesión del derecho de uso sobre el inmueble —a título gratuito, para ser utilizado por el que lo adquiere sin pactar el plazo de duración ni el uso concreto y determinado a que haya de destinarse el bien cedido— constituye una modalidad de comodato (denominado por la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo comodato-precario según el artículo 1750 del Código Civil), o se trata de una figura incardinable en el concepto de precario en sentido amplio, comprensivo de toda situación de posesión concedida o tolerada, posesión sin título o con título ineficaz (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 y 18 de marzo de 2011).

En todo caso, aun cuando se tratara del denominado comodato-precario, tendría vedada su inscripción, por ser un derecho personal no asegurado especialmente (artículo 98 de la Ley Hipotecaria). El presente debate se contrae a un supuesto de posesión, nacida de una declaración negocial pero concedida graciosamente por el cedente, de suerte que el que posee puede usar la cosa y el cedente podrá reclamarla a su voluntad. Interpretando las declaraciones de voluntad plasmadas en la escritura con arreglo a las reglas legales (cfr. artículos 1281 y 1289, párrafo primero, del Código Civil), se trata de una relación de precario que ampararía el mero o simple hecho de poseer por obra y gracia de una concesión del propietario. Y, sin necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho o sobre el derecho a poseer, *ius possidenti*, y el derecho de posesión, *ius possessionis*, no puede desconocerse que, según el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, no son inscribibles los títulos relativos al mero o simple hecho de poseer, por lo que está vedado el acceso al Registro de los pactos como el presente que se traducen en la atribución de un estado posesorio absolutamente claudicante, en tanto que libremente revocable por el concedente.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Habiendo adquirido el inmueble el esposo en documento privado, para poder elevarlo a público a nombre exclusivo de la esposa, que se lo adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, además de acreditar documentalmente dicha adjudicación y que existía matrimonio a la fecha de la compra, será preciso que la escritura pública sea otorgada o ratificada por el esposo.

DGRN, Resolución de 16 de julio de 2011

Mediante documento privado de fecha 18 de diciembre de 1985, la Diputación Provincial de Badajoz vendió a don M.B.F., que se dice casado (pero sin expresar el nombre de su cónyuge), una casa sita en Higuera de Vargas. Ahora se presenta en el Registro escritura otorgada el 10 de diciembre de 2010 ante el notario de

Badajoz don Juan Manuel Ángel Ávila, por la que doña M.D.R.V., separada legalmente de don M.B.F., procede a la elevación a público del indicado documento privado. En dicha escritura pública se manifiesta, sin acreditarlo, que mediante Auto número 364/2010, de fecha 13 de julio de 2010, dictado por el Juzgado de

Primera Instancia de Olivenza, se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales con don M.B.F., por la que se adjudicó la vivienda descrita a doña M.D. Se suspende la inscripción por no constar el consentimiento de la persona que intervino como comprador en el documento privado que se pretende elevar a público y a cuyo favor se otorgó la compraventa contenida en aquél, sin que el eventual matrimonio y posterior separación legal (con liquidación de sociedad de gananciales) de dicha persona y la otorgante de la escritura de elevación a público de la compraventa basten para poder inscribir directamente a favor de la esposa del comprador, siendo así que este último intervino por sí sólo en el documento privado que se pretende elevar a público.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es si puede inscribirse escritura en virtud de la cual se eleva a público un documento privado cuando no conste el consentimiento de la persona que intervino como compradora en el documento privado.

A la hora de resolver esta cuestión es necesario tener presente que los contratantes pueden compelerse recíprocamente a la elevación a documento público de los documentos privados en los que se formalicen contratos por los que se transmitan derechos reales sobre bienes inmuebles (véase artículo 1279 en relación con el 1280 apartado 1.º del Código Civil, entre otros supuestos legales). Esa elevación a público de un documento privado tiene que ser realizada en escritura pública a través de una declaración de voluntad emitida por quienes intervinieron como parte en el contrato o, caso de haber fallecido, por sus herederos testamentarios o abintestato, pues también ellos están obligados a su cumplimiento (cfr. artículo 1257 Código Civil).

En defecto de acuerdo entre los otorgantes —contratantes o sus herederos— podrán éstos demandar judicialmente la elevación a forma pública y —caso de prosperar la acción— la ejecución de la sentencia que ordene emitir tal declaración de voluntad (artículo 708 Ley de

Enjuiciamiento Civil) dirigiendo también la demanda contra quienes fueron parte en el contrato o sus herederos.

4. Por tanto, teniendo en cuenta que en el documento privado de compra figura don M.B.F. como casado, pero sin constar el nombre de su esposa, para la práctica de la inscripción a favor de doña M.D.R.V., y por razón del tracto sucesivo —aunque sea abreviado— será necesario acreditar fehacientemente que al tiempo de firmarse el documento privado de compraventa se encontraba casada con M.B.F., así como aportar el Auto número 364/2010 de fecha 13 de julio de 2010, por el que se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales.

La mera manifestación hecha por doña M.D.R.V., contenida en la escritura ahora presentada, de que se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la adjudicación a su favor, no goza de presunción de exactitud, habiendo manifestado el Tribunal Supremo que la eficacia probatoria del documento público no se extiende a la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad contenidas en ellas (cfr. Sentencia 28 de septiembre de 2006). Deberá por tanto aportarse testimonio del auto aprobatorio de la liquidación del régimen económico matrimonial de quien compró en el documento privado, del que resulte indubitadamente la adjudicación del bien.

Pero además será preciso que la elevación a público del documento privado por el que se compró para la sociedad de gananciales sea otorgado —o ratificado— por quien prestó su consentimiento en aquél o, en caso de fallecimiento, por sus herederos testamentarios o abintestato.

Concurriendo tales requisitos estaríamos así en presencia de un supuesto de tracto abreviado, debiendo hacerse constar en la inscripción las transmisiones realizadas —compra del bien para la sociedad de gananciales y posterior liquidación de dicho régimen económico— una vez que se acredite fehacientemente la adjudicación del bien a favor de quien ahora actúa como causahabiente —y no heredero— del comprador.

SUCESIONES

La negativa a inscribir una anotación de embargo contra bienes propiedad de la herencia yacente por la falta de intervención de un defensor judicial debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

DGRN, Resolución de 9 de julio de 2011

Se debate en este recurso la posibilidad o no de anotar un mandamiento de embargo, en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, seguido contra la herencia yacente de los titulares registrales. Por el registrador se señalan cuatro defectos: primero, la falta de acreditación del fallecimiento de los titulares registrales; segundo, la falta de constancia de si las deudas por las que se sigue el procedimiento son de los causantes (titulares registrales) o bien de sus herederos; tercero, para el caso de que sean por deudas de los herederos, la falta de acreditación de las circunstancias personales y de los títulos sucesorios, así como de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad, de ambos causantes; y cuarto, la falta de cumplimiento de las exigencias del principio de tracto sucesivo habiéndose incoado un procedimiento contra la herencia yacente, por lo que debería dirigirse contra herederos ciertos y determinados o bien contra el administrador judicial de la herencia yacente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987 señaló que la apertura de la sucesión se produce justamente con la muerte de la persona, momento en el cual su patrimonio se transmuta en herencia yacente, que no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular. La herencia yacente carece de personalidad jurídica, aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamiento unitarios —específicamente se le atribuye legitimación procesal— siendo su destino el de ser adquirida

por los herederos voluntarios o legales, admitiendo el que, bien por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y recurrir. No es, sin embargo, la única vía, de manera que admite también que el emplazamiento de la herencia yacente pueda efectuarse a través del llamamiento de los herederos desconocidos, ignorados, inciertos de una persona determinada, el demandado fallecido. Lo que ocurre es que en este caso, conforme a la doctrina jurisprudencial más reciente, para que no sea exigible el emplazamiento a través del administrador judicial, será necesario haber demandado a algún posible llamado a la herencia con poder para actuar en nombre de los ausentes o desconocidos sin que baste el llamamiento genérico por edictos a herederos ignorados (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994 que estimó el recurso de revisión frente a una sentencia de condena dineraria contra herencia yacente emplazada genéricamente por edictos, sin que los verdaderos y fácilmente identificables herederos pudieran personarse y defenderse en el proceso).

Como se ha señalado en Resoluciones anteriores (véase Resoluciones citadas en los «Vistos») el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto

de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Esta es la razón por la cual el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento.

Por lo tanto entiende este Centro Directivo que la calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determinar), sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse, que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la aplicación de esta doctrina en el ámbito de la herencia yacente, es cierto que este Centro Directivo había exigido, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo

(cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 166.1 del Reglamento Hipotecario, por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral. Y se había justificado esta exigencia precisamente en que el registrador debe señalar como defecto que impide la inscripción la falta de intervención en el procedimiento del titular registral, ya que lo contrario le originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución).

Sin embargo, con posterioridad se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (véase, por todas, las Resoluciones de 27 de julio de 2010 y 10 de enero de 2011, citadas en los «Vis-tos»), que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 790 y siguientes exige la adopción de medidas de aseguramiento del caudal hereditario en los procedimientos judiciales de división de herencia —entre ellas el nombramiento de un administrador judicial *ex* artículo 795 del Código Civil— cuando fallecido el causante no conste la existencia de testamento ni de parientes. Atribuye por tanto, en los supuestos de herencia yacente, gran importancia a la posibilidad o no de intervención de posibles llamados a la herencia. Por eso parece razonable restringir

la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos, considerando suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

Es la propia doctrina jurisprudencial la que avala esta interpretación, según la cual para que esté correctamente planteada la legitimación pasiva desde la perspectiva del tracto sucesivo es preciso al menos que la demanda esté interpuesta contra algún llamado a la herencia que pueda actuar en interés de los demás y que no es suficiente el llamamiento genérico —caso en que sería necesario el nombramiento de administrador judicial—.

Mientras que para entablar acción en beneficio de la herencia yacente es preciso acreditar la condición de heredero (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000), para interponer acciones contra la herencia yacente basta que el emplazado tenga un poder de actuación en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992, en un caso de acción reivindicatoria dirigida contra uno sólo de los herederos, afirmó que «no cabe discutir el defecto del emplazamiento practicado en la persona de un solo heredero de la demandada y dar con ello por emplazados a los demás herederos «desconocidos»; sin que se acredite, ni siquiera se alegue, que el emplazado tuviera poder alguno para actuar en este proceso en nombre de los ausentes o desconocidos». Consideró en definitiva incorrecto el emplazamiento de la herencia yacente, concluyendo en el caso litigioso que «se han infringido las garantías procesales causando indefensión a las personas no emplazadas, sin que pueda afirmarse que de haberse practicado el emplazamiento omitido el resultado final del litigio hubiera sido el mismo».

Por tanto el emplazamiento en la persona de un albacea o del administrador judicial de la herencia yacente cumplirá con el tracto sucesivo, pero sólo será requisito inexcusable

tal emplazamiento cuando el llamamiento sea genérico, dirigiéndose la demanda contra herederos ignorados. No lo será cuando se haya demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

Lo que no puede afirmarse es que no proceda ninguna calificación desde la perspectiva del tracto sucesivo ni que sea suficiente el mero llamamiento genérico a ignorados herederos cuando cabe identificar a quienes son los posibles herederos y no se ha nombrado administrador judicial de la herencia yacente.

Ese mismo criterio se mantiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008, en relación con el embargo de un bien inmueble perteneciente a la sociedad de gananciales formada por el deudor —avalista frente a la entidad ejecutante— y su esposa, y en el que la entidad ejecutante, ante el fallecimiento anterior de dicho avalista, había optado por dirigir la demanda contra el deudor principal y también contra la viuda y demás herederos del citado garante, así como «contra la herencia yacente del mismo y cualesquiera otros interesados», se afirmó en este sentido que «extinguida ya la sociedad de gananciales por la disolución del matrimonio (artículos 85 y 1392.1.º del Código Civil) resultaba correcto el llamamiento al litigio de la viuda como interesada en la defensa de su parte en dicha sociedad que aún no había sido liquidada».

El primer defecto que se señala en la nota de calificación es la falta de acreditación del fallecimiento de los titulares registrales a través del correspondiente certificado de defunción, lo cual debe ser confirmado. Debe recordarse la exigencia reglamentaria según la cual ha de acreditarse el fallecimiento de los titulares registrales de las fincas afectadas, en todo supuesto de anotación de embargo en procedimientos seguidos contra herederos ciertos o indeterminados del titular registral, sea por deudas de éste o de los propios herederos —o de la herencia yacente— (cfr. artículo 166.1.º del Reglamento Hipotecario). Al

respecto es doctrina de este Centro Directivo que resulta suficiente que dichos extremos se acrediten al juez para que quepa anotar preventivamente (Resolución de 9 de junio de 2009). Pues bien, en este caso concreto, del texto del mandamiento no resulta que se haya acreditado el fallecimiento de los titulares registrales.

El segundo defecto hace referencia a la falta de constancia en el mandamiento de embargo, que las deudas por las que se sigue el procedimiento son de los causantes —titulares registrales—, de sus herederos ciertos o determinados, o incluso, bien de la misma herencia yacente, en el supuesto de que se hubieran contraído antes de la aceptación de los herederos. No consta tampoco si el procedimiento se sigue contra la herencia por deudas de los causantes o de los causahabientes, lo cual es necesario al efecto de aplicar las consecuencias distintas que para uno y otro supuesto se prevén en el artículo 166.1.º del Reglamento Hipotecario. Estas circunstancias deben quedar claras en los documentos en cuya virtud se pueden tomar las anotaciones (artículo 3 de la Ley Hipotecaria) y no por mera manifestación de la misma en el escrito de recurso, pues de ellas dependerán los requisitos que el registrador pueda exigir para la extensión de la anotación conforme al artículo 166 del Reglamento Hipotecario.

Convendría a este respecto recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido antes o durante el procedimiento; b) procesos ejecutivos por deudas de los herederos ciertos y determinados del titular registral; c) procesos ejecutivos por deudas de herederos indeterminados —herencia yacente— del titular registral.

A) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fa-

llecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de aquél, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales (artículo 166.1.º párrafo primero del Reglamento Hipotecario), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente.

B) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes del iniciado el procedimiento, y éste se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra éstos indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (artículo 166.1.º párrafo segundo del Reglamento Hipotecario). En definitiva deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral.

C) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de éstos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

En consecuencia, la falta de acreditación de los mencionados extremos implica que el segundo defecto alegado en la nota de calificación debe ser confirmado.

En virtud de lo señalado, debe también confirmarse los defectos tercero y cuarto de la nota de calificación.

Según el tercero, para el caso de que el procedimiento se siga por deudas de los herederos ciertos sería necesario la acreditación de las circunstancias personales y de los títulos sucesorios, así como de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad, de ambos causantes. En efecto, suponiendo que las deudas por las que se despacha ejecución —títulos judiciales se dice escuetamente en el mandamiento— lo fueran por deudas de herederos determinados, faltaría la acreditación de las circunstancias personales de éstos y de sus títulos sucesorios, así

como de los certificados del Registro de Actos de Última Voluntad de ambos causantes.

Y si se tratara de deudas de herederos indeterminados —herencia yacente— al que se refiere el defecto cuarto sería preciso que o bien se acreditase en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se hubiera procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente, como se ha indicado.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Las medidas que se acuerdan en los procedimientos matrimoniales y de regulación de parejas de hecho, aunque nacen con vocación de permanencia, no se quedan estáticas en el tiempo, y conforme van pasando los años se producen hechos que modifican o alteran las circunstancias que concurrían cuando se adoptaron las medidas. Estos hechos exigen que se valore la situación actual y se adapten las medidas a las circunstancias personales y económicas que concurren en el presente.

Como la modificación debe atender a parámetros objetivos, el legislador y la jurisprudencia han ido perfilando los requisitos que deben concurrir en toda demanda de modificación para que pueda ser estimada: a) Que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas; b) Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida; c) Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio; d) Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de quien solicita la modificación, y e) Que se acredite en forma por el cambio de circunstancias, recayendo la carga de la prueba sobre el solicitante.

Cuando la acción de modificación está dirigida a la reducción o extinción de la pensión compensatoria o alimenticia de los hijos mayores de edad, hay que reconocer que en muchos casos se intuye que se han alterado las circunstancias, pero quien abona la pensión no cuenta con una prueba documental acreditativa de ello. Veamos unos ejemplos: el hijo prolonga su etapa de formación universitaria pero el progenitor que abona la pensión alimenticia desconoce en qué curso se encuentra o qué asignaturas le faltan para acabar la carrera, o incluso, en muchos casos, qué carrera está cursando y, como sabemos, una de las causas de extinción de la pensión alimenticia es la falta de aplicación del hijo en los estudios; en el procedimiento de divorcio se fijó una pensión compensatoria y han transcurrido bastantes años desde aquel momento desconociendo, el ex esposo si su ex esposa se encuentra realizando algún trabajo o percibe algún tipo de prestación o pensión que pueda haber hecho desaparecer el desequilibrio económico; se tiene el convencimiento de que el cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria se encuentra prestando servicios por cuenta ajena en una empresa, pero se desconoce la cuantía de los ingresos y las condiciones del contrato laboral.

Pues bien, en estos casos, el progenitor o cónyuge se plantea si siguen concurriendo las circunstancias para la existencia de las pensiones o en otros casos para el mantenimiento de su cuantía. Lógicamente, para resolver definitivamente la cuestión será necesaria la in-

terposición de una demanda de modificación de medidas, pero para formularla necesitará conocer con antelación la situación actual de los beneficiarios de aquellas pensiones. Por lo que respecta a la pensión alimenticia, el Código Civil de Cataluña señala en su art. 237-9.2 que «El alimentado debe comunicar al alimentante las modificaciones de circunstancias que determinen la reducción o supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan», por tanto, en principio un simple requerimiento del alimentista debería bastar para conocer la situación académica o laboral del hijo, aunque bien es cierto que nada se dice en el texto legal sobre la sanción que puede tener el hijo si no da cumplimiento a esta obligación. Sin embargo, ni en el Código Civil ni en el resto de legislaciones autonómicas encontramos un precepto similar.

¿Podría acudirse al mecanismo procesal de la prueba anticipada para conocer la información que precisa quien paga la pensión? La respuesta debe ser negativa, pues como señaló el Auto de la AP de Álava, Sec. 1.ª, de 27 de noviembre de 2007: «El art. 293 LEC establece que, previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. El caso que nos ocupa no puede encuadrarse en este precepto, el Sr. Diego solicita documental anticipada porque necesita averiguar unos hechos antes de instar la demanda, es más, la demanda puede depender del resultado de la prueba, y de la contestación que se remita por las instituciones. Sin embargo, la prueba solicitada podría practicarse una vez iniciado el procedimiento, nada impide que se remitan los correspondientes oficios, el inconveniente sería que el actor se vería obligado a iniciar la demanda sin conocer si su hija trabaja, cuáles son sus ingresos, y de ello depende que deba solicitar una rebaja de la pensión por alimentos o incluso la extinción. El art. 293 LEC exige que la prueba no pueda realizarse en el momento procesal previsto, requisito que no concurre en este caso».

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos si en estos casos puede acudirse a las diligencias preliminares reguladas en los arts. 256 y ss. de la LEC para poder contar con la información necesaria a fin de decidir si debe o no solicitarse la modificación de la cuantía de la pensión, ya sea alimenticia o compensatoria o, en su caso, su propia extinción. Posiblemente en otros casos, recibida la información, la decisión que haya de tomarse sea no interponer ninguna demanda por no concurrir los presupuestos legales de la acción de modificación que reseñamos al inicio, básicamente por no ser sustancial el cambio de circunstancias o por no prolongarse en el tiempo, siendo ejemplo de ello los casos en que la cuantía de los ingresos del hijo son mínimos y solo sirven de complemento a la pensión alimenticia, o aquellos en los que el trabajo que realiza la ex esposa es precario e insignificante la cantidad que percibe.

Según el Auto TS de 11 de noviembre de 2002 «Pueden considerarse las Diligencias Preliminares como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia», y es una cuestión pacífica que la enumeración de diligencias preliminares que se contiene en el art. 256 del CC es una lista cerrada y que no puede extenderse a otros supuestos distintos a los

contemplados en la norma. La Exposición de motivos de la LEC es suficientemente ilustrativa de esta afirmación: «la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas...».

La aplicación del art. 256 de la LEC a los procedimientos de modificación de medidas ha motivado el nacimiento de dos sectores antagónicos entre nuestros juzgados y Tribunales:

- No cabe incluir entre las diligencias preliminares la solicitud de información sobre circunstancias de los beneficiarios de una pensión.

Este sector sostiene que en el art. 256 de la LEC no se hace una mención expresa a este tipo de diligencias preliminares y tampoco hay ninguna alusión a ellas en el título I del Libro IV de la LEC, dedicado a los procedimientos especiales de filiación, matrimonio y menores, por lo que no pueden ser admitidas.

- Dentro del art. 256 de la LEC puede incluirse la solicitud de diligencias preliminares en los procedimientos de modificación de medidas.

Este sector entiende que las diligencias que se enumeran en el art. 256 de la LEC deben ser interpretadas de manera que puedan dar cobertura a situaciones en las que se hace preciso contar con cierta información antes de presentarse la demanda de modificación de medidas, información que no está directamente al alcance de la parte actora y que para obtenerla necesita el amparo jurisdiccional.

La Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dedicada en exclusiva a conocer de los recursos en materia de derecho de familia, se muestra totalmente partidaria de la admisión de las diligencias preliminares y las incardina dentro del sistema procesal de los litigios de familia, y así en su Sentencia de 26 de octubre de 2010, en la que la cuestión objeto del recurso se centraba en los efectos retroactivos de la extinción de la pensión alimenticia vino a señalar lo siguiente: «resulta que el progenitor no hizo uso de su derecho a obtener información acerca de la vida laboral de su hija a través de las Diligencias preliminares —artículos 256.1 y 2 de la nueva LEC—, es decir no solicitó a través de esas diligencias la prueba necesaria para hacer valer su pretensión desde que sospechara se encontraba inserta en el mundo laboral. Dichas Diligencias pese a su enumeración taxativa han sido reiteradamente por esta Sala aceptadas en el seno del proceso matrimonial y en concreto cuando se pretende una modificación de las medidas sobre hijos mayores de edad sobre los que no se dispone de medios con los que acreditar la variación sustancial de las circunstancias». En su Sentencia de 23 de junio de 2010 se analizó un supuesto en el que el padre solicitaba que se incluyese dentro de los pronunciamientos de la sentencia la obligación de la madre de informarle periódicamente de la nómina y de la vida laboral del hijo, desestimándose la petición con la siguiente argumentación: «Por lo que se refiere a la petición interesada por el actor es lo cierto que el mismo puede conocer la verdadera situación del hijo a través de las diligencias preliminares de tanta utilización en los procesos de familia, por lo que debe mantenerse la resolución de instancia en este punto sin perjuicio de la utilización de dichas diligencias por el progenitor».

No obstante, hay que reconocer que este sector no admite todo tipo de diligencias, pues es respetuoso con el carácter de *numerus clausus* de las diligencias enumeradas en el art.

256 de la LEC, por lo que no se permite acceder a la práctica de aquéllas que ni se encuentren específicamente previstas, ni resulten «necesarias» de acuerdo con la disciplina legal al existir otros medios por los cuales el peticionario pueda obtener, sin demérito alguno, la información que postula, ya que el fundamento de las diligencias preliminares se encuentra en la necesidad de la seguridad jurídica evitando que se pueda interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los que se han tenido en cuenta por el legislador; la exposición de motivos declara que la Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso, ampliando las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas.

Para ser lo más prácticos posible, quizás la metodología más adecuada sea analizar las distintas peticiones que se han efectuado con la solicitud de diligencias preliminares para ver la respuesta obtenida de los tribunales.

1. LIBRAMIENTO DE OFICIO A ALGÚN ORGANISMO OFICIAL PARA CONOCER LA SITUACIÓN LABORAL Y BASE DE COTIZACIÓN DEL BENEFICIARIO DE UNA PENSIÓN ALIMENTICIA O COMPENSATORIA

¿Podemos incluir esta petición dentro de alguna de las diligencias preliminares que se contiene en el art. 256 de la LEC? Descartando por razones obvias el resto de diligencias, podemos quedarnos por su relación con la acción de modificación de medidas con las siguientes: art. 256.1.2 («Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio») y art. 256.1.9 («Por petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales»).

La AP de Lleida, Sec. 2.^a, en su auto de 15 de octubre de 2010 estudió esta cuestión y analizando distintas normativas llega a la conclusión que la petición de oficios a organismos oficiales para tener conocimiento de la situación laboral del beneficiario de una pensión está incluida en la previsión del art. 256.1.9 de la LEC:

«El artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal señala que: «1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. 2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley...».

Dice el artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social lo siguiente: «2. Los empresarios y los trabajadores tendrán derecho a ser informados por los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social acerca de los datos a ellos referentes que obren en los mismos. De igual derecho gozarán las personas que acrediten un interés personal y directo, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley».

Se trata pues de fijar que habrá que entender por ese interés directo y personal, y a tal efecto la STC 207/2005 establece que «La situación de interés legítimo resulta identifica-

ble con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida». Por su parte la STC 74/2005 trata el concepto de interés legítimo en relación con la legitimación y establece: «interés ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico». Por último, en la STC 101/1996, de 11 de junio, puede leerse en su Fundamento de Derecho 2 que ese interés «doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial».

Parece evidente que ese interés directo y por lo tanto esa legitimación para obtener una determinada información de la TGSS concurren en el solicitante de las medidas preliminares que, como obligado al pago de una pensión de alimentos que se fijó por sentencia, tiene fundadas sospechas de que su hijo y beneficiario de aquella se halla integrado en el mercado laboral y por lo tanto percibe un salario que puede llegar a hacer innecesaria o exagerada la pensión que está pagando.

A lo dicho debe añadirse que no entenderlo así podría llegar a dar amparo a una situación fraudulenta y a un abuso de derecho por parte del perceptor de la pensión que impide el conocimiento al alimentante de su situación laboral y con ello la posible revisión de su obligación, siendo que este no tiene otra posible vía de conocimiento previo a la interposición de la demanda a efectos de determinar su procedencia, que no sea este. También debe considerarse que el derecho a la tutela judicial efectiva aconseja hacer esta interpretación amplia de la posibilidad de obtener aquella diligencia preliminar. De hecho algunas audiencias entroncan estas diligencias con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y así la Sentencia de 14 de febrero de 1997 de la AP de Asturias o la de 25 de mayo de 1993 de la AP de Madrid. Por último añadiremos que la vulneración de la intimidad que con ello se produce es de efectos limitados ya que solamente se refiere a obtener conocimiento de si está dado de alta en algún régimen de la Seguridad Social y de cuál sea la base de cotización, por lo que en definitiva habrá que autorizar la práctica de la diligencia solicitada.

«Se revoca la resolución del juzgado y se admite a trámite la petición de las diligencias preliminares solicitadas por el ex esposo y consistentes en que se libre oficio a la TGSS para que informen sobre la situación laboral de su ex esposo y si percibe algún tipo de pensión». AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 17 de junio de 2009.

«Debe admitirse a trámite la solicitud de diligencias preliminares solicitadas por el padre y consistente en que se libre oficio a la TGSS para que se le faciliten los datos laborales de su hija a fin de presentar o no una demanda de modificación o extinción de alimentos». AP Tarragona, Sec. 1.ª, Auto de 30 de octubre de 2008.

«Deben admitirse a trámite las diligencias preliminares solicitadas por el padre y que están dirigidas a conocer la situación académica y la actividad laboral de la hija mayor de edad que viene percibiendo la pensión alimenticia». AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 17 de junio de 2008.

Sin embargo, ante la misma petición, otros Juzgados y Tribunales se muestran contrarios a admitirla como diligencia preliminar, basando la negativa en distintas conside-

raciones, unas que se limitan a indicar que la diligencia solicitada no se encuentra entre las enumeradas en el art. 256 de la LEC, y otras en base a argumentos jurídicos de escasa consistencia, pues mencionar que lo que se pretende es conocer con antelación la situación económica del demandado para garantizarse el resultado del procedimiento posterior es desconocer la dificultad que puede tener una persona para conocer si el beneficiario de una pensión obtiene ingresos y que otra cosa muy distinta será si se dan o no los presupuestos para el éxito de la acción de modificación de medidas que es el objeto del procedimiento.

«Con las diligencias preliminares solicitadas (que se libre oficio al INSS para que informe sobre la situación laboral de la ex esposa o cuantía y concepto de la prestación económica que reciba) el ex esposo pretende obtener un medio de prueba anticipado a los efectos de garantizar el resultado del litigio posterior que se quiere entablar, y por ello no pueden ser admitidas». AP Guadalajara, Sec. 1.^a, Sentencia de 11 de junio de 2010.

«Se deniega la diligencia preliminar consistente en que se libre oficio a una empresa para que informe de los ingresos que obtiene la esposa con la finalidad de interponer posteriormente una demanda de modificación de medidas». AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Auto de 16 de enero de 2007.

«Se rechazan las diligencias preliminares ya que lo que pretende el ex esposo es reunir pruebas para tener ganado el litigio sobre modificación de medidas, pero eso es algo que corresponde al procedimiento principal». AP Valladolid, Sec. 3.^a, Auto de 25 de septiembre de 2003.

Por último reseñar que otros tribunales, sin descartar la posibilidad de admitir diligencias preliminares en los procesos de familia, han denegado el libramiento del oficio para conocer la situación laboral del beneficiario de la pensión en base a su innecesariedad, pues el solicitante ya contaba con información suficiente para presentar la demanda de modificación de medidas. En este sentido el Auto de la Sec. 22.^a de la AP de Madrid de fecha 28 de marzo de 2007 denegó la petición argumentando que el propio solicitante relató en su petición que por información de testigos tenía conocimiento de la situación laboral del hijo: «El recurso que nos ocupa no puede obtener favorable acogida, pues si bien en principio no puede afirmarse de modo tajante la exclusión en un proceso especial como es el de familia de las diligencias preliminares que regula el artículo 256 de la LEC, en cuanto, en su número primero se refiere a todo juicio, es lo cierto que las diligencias concretas que interesa el solicitante no tienen encaje en los presupuestos que el artículo enumera, diligencias que encuentran su razón de ser y su explicación, en la imposibilidad de plantear un pleito ante la ausencia de datos sin los cuales no se podría formular una demanda, lo que no acontece en el presente caso, donde en el propio escrito de solicitud se aportan elementos que con más precisas explicaciones nos permiten formular una demanda con pretensión defendible, pues se hace referencia a la concreta situación de los hijos obtenida por ciertas informaciones verbales, que van referidas a la determinación de la obligación de pago, cuestión esta de legalidad procesal común u ordinaria a resolver en el momento procesal oportuno, en la fase correspondiente del proceso que pueda seguirse por existir una variación de circunstancias que justifique diferentes medidas, para lo que se dispone de una pluralidad de medios de prueba, como pueda ser la testifical de las personas que facilitaron la información a que se alude en el escrito de solicitud de 4 de julio de 2006, o

documental, si existen otras fuentes de información, o declaración bajo juramento o promesa de la progenitora femenina sobre hechos relativos a los extremos que se indican en referido precepto 256, o que se libren oficios a los organismos correspondientes, Tesorería General de la Seguridad Social o Delegación Provincial de la Agencia Tributaria».

2. LIBRAMIENTO DE OFICIOS PARA CONOCER EL DOMICILIO DE LA EX ESPOSA Y PERSONAS EMPADRONADAS EN ÉL

Este tipo de diligencia está encaminada a conocer la situación personal de la ex esposa a efectos de instar la extinción de la pensión compensatoria por concurrir la causa prevista en el art. 101 del CC de vivir la beneficiaria con una tercera persona en relación análoga a la marital. No hemos encontrado ninguna resolución que admita esta petición y en cambio sí se ha mostrado contraria a su admisión la AP de Álava, Sec. 1.^a, en su auto de 12 de noviembre de 2007, en base a que «afecta a su intimidad y nada tiene que ver con su situación económica».

Relacionada también con esta causa de extinción, se encuentra la medida relativa a que se libre oficio para que se informe sobre la inscripción en el Registro de parejas de hecho de la ex esposa, medida que igualmente es denegada dado que se trata de un Registro Público al que puede acceder directamente el solicitante.

3. LIBRAMIENTOS DE OFICIOS PARA CONOCER CUENTAS CORRIENTES, DEPÓSITOS Y DEMÁS PRODUCTOS FINANCIEROS DE LA EX ESPOSA

Aunque esta petición está íntimamente relacionada con el cambio de circunstancias económicas en la persona beneficiaria de la pensión, la AP de Álava, Sec. 1.^a, en su auto de 12 de noviembre de 2007 la denegó por entender que se trata de una medida que podrá solicitarse dentro del procedimiento de modificación de medidas pero no como diligencia preliminar, aunque realmente no dio una explicación jurídica de la negativa.

4. QUE SE REQUIERA A LA MADRE PARA QUE EXHIBA DOCUMENTOS EN RELACIÓN CON LA HIJA MAYOR DE EDAD (SI CONTINÚA CONVIVIENDO EN EL DOMICILIO FAMILIAR, SI CONTINÚA ESTUDIANDO, ETC.)

Al no poder incardinarse la petición en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 256 de la LEC, el criterio mayoritario de los juzgados y Tribunales es no acceder a esta petición, siendo ejemplo de ello el Auto de la Sec. 12.^a de la AP de Barcelona de 18 de marzo de 2009: «El apelante, con base en la segunda parte del artículo 256.1 LEC, solicitó la diligencia preliminar de juicio consistente en que la futura demandada fuera requerida a exhibir una serie de documentos. Su intención es presentar una demanda de modificación de medidas de divorcio en cuanto a la pensión alimenticia que está vigente a favor de su hija, hoy mayor de edad. El juzgado rechazó la solicitud por injustificada. Es cierto que el

solicitante de la diligencia explica en su escrito de solicitud el porqué de su petición y qué se propone con su futura demanda, al tiempo que explica la ausencia de relación alguna con su hija que le permita averiguar datos como si continúa viviendo en el domicilio con su madre, si continúa estudiando, etc. En ese sentido justifica su petición. Pero, el juzgado considera, con esta Sala, que la petición no está justificada en el sentido del artículo 258.1 LEC, es decir, que los documentos que pretende sean exhibidos ni tienen por qué estar en posesión de la futura demandada ni en ellos constaría su capacidad, representación o legitimación. De hecho, el solicitante pretende adelantar la prueba del juicio o evitarse, en su caso, la obtención de esos documentos él mismo, en los supuestos en que eso es posible».

5. REQUERIMIENTO AL HIJO O A LA EX ESPOSA PARA QUE APORTEN DATOS Y DOCUMENTOS A EFECTOS DE CONOCER SU SITUACIÓN ECONÓMICA

Tampoco se admiten por los juzgados y tribunales este tipo de solicitud, pues desde un punto de vista formal no tiene encaje en ninguna de las medidas que se enumera en el art. 256 de la LEC, siendo ejemplo de ello el auto de la Sec. 24.^a de la AP de Madrid de 28 de marzo de 2007.

En el caso analizado por la AP Sevilla Sec. 5.^a, en su Auto de 26 de abril de 2005 se denegó la solicitud de la diligencia preliminar consistente en que se requiera a la ex esposa a fin de que manifieste el importe de las rentas que ha obtenido por el alquiler de las fincas de su propiedad y exhiba los correspondientes contratos de alquiler al no estar comprendidas en la enumeración que se contiene en el art. 256 de la LEC: «Una vez delimitados los términos del debate en esta alzada, hay que decir que el tribunal comparte por completo el criterio del auto apelado y no puede acceder a la pretensión del solicitante, ya que es evidente que el requerimiento dirigido a conseguir que su esposa manifieste el importe de las rentas que percibe por el alquiler de las fincas de que es propietaria nada tiene que ver con la diligencia preliminar antes expresada que admite la ley, que se refiere a la exhibición de la cosa que haya de ser objeto del juicio, para su entrega al demandante, la antigua “actio ad exhibendum”, y lo mismo ocurre con el requerimiento tendente a conseguir la exhibición del contrato de alquiler de la finca, dado que el objeto del pleito a preparar no sería la entrega de dichos contratos. Aparte de ello, no se justifica un interés legítimo, tal y como exige el artículo 258, pues no es cierto que, al denegársele su solicitud, no pueda el demandante instar la modificación de medidas de separación matrimonial que interesa, ya que en el juicio que se celebre podrá proponer como prueba las diligencias en cuestión. Hay que insistir en el carácter excepcional de las diligencias preliminares, que no se admiten en cualquier caso, ni de cualquier tipo, pues, aunque la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil amplía el número de diligencias que cabe solicitar, sin embargo, se encuentran taxativamente determinadas».

6. QUE SE RECIBA DECLARACIÓN AL HIJO O A LA EX ESPOSA PARA QUE MANIFIESTE DATOS RELACIONADOS CON SU SITUACIÓN ECONÓMICA

Con anterioridad, hemos examinado peticiones de diligencias preliminares en las que se solicita la obtención o aportación de documentación relativa a la situación económica del

beneficiario de la pensión. Ahora analizaremos si puede admitirse como diligencia preliminar la petición de que se reciba declaración al hijo o a la ex esposa para que faciliten al solicitante información sobre su situación económica.

La base jurídica de estas peticiones suele residenciarse en lo establecido en el art. 256.1.1 de la LEC («Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación»). Basta una interpretación literal de la norma para llegar a la conclusión de que este tipo de diligencia preliminar está en relación con cuestiones relativas a la capacidad, representación o legitimación de los que vayan a ser parte en el futuro procedimiento, y siendo el caso de que en los procedimientos de modificación de medidas únicamente son parte los cónyuges, ninguna diligencia preliminar podrá admitirse con base en este precepto.

«Se deniega la diligencia preliminar solicitada consistente en que se reciba declaración a la hija para que manifieste si ha terminado sus estudios y si trabaja por cuenta propia o ajena, dado que dicha información no es necesaria para determinar su legitimación pasiva a los efectos de instar una modificación de medidas». AP Asturias, Sec. 4.^a, Auto de 20 de noviembre de 2003.

«La diligencia preliminar interesada por el padre y consistente en la declaración de hijo sobre su situación laboral no puede incluirse en la previsión del Art. 256.1.1 de la LEC». AP Barcelona, Sec. 18.^a, Auto de 22 de abril de 2004.

CASOS PRÁCTICOS

I. PENSIÓN COMPENSATORIA

Es requisito imprescindible para la extinción de la pensión compensatoria por existir una relación análoga a la marital que exista convivencia diaria en el mismo domicilio entre los integrantes de la pareja.

Lo decisivo no es la convivencia diaria en el mismo domicilio, sino que en los dos integrantes de la pareja concurra el sentimiento de estabilidad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad. Por ello se admite que tenga virtualidad extintiva la convivencia marital consistente en la cohabitación bajo el mismo techo, tan solo en fines de semana cuando la residencia de los convivientes radica en distintas ciudades y tal circunstancia viene impuesta por motivos laborales, conveniencia de ambos u otros factores que no impliquen ruptura del proyecto de unidad de vida.

II. VIVIENDA FAMILIAR

Es jurisprudencia reiterada que si la vivienda que ocupan la esposa y los hijos es propiedad de los padres del esposo, y estos ejercitan la acción de desahucio por precario, la demanda debe ser estimada. Ahora bien, si el inmueble pertenece en pro indiviso tanto a los padres del esposo como a éste con carácter privativo ¿debe igualmente prosperar la acción de desahucio por precario?

Aunque sea de forma indirecta, la STS de 10 de octubre de 2011 ha tratado esta cuestión y ha llegado a una conclusión afirmativa y precisamente por ello, en aras a

proteger el interés de los hijos no les atribuyó el uso de esta vivienda, sino de otra propiedad exclusivamente de los cónyuges que próximamente quedaría libre de ocupantes pues estaba arrendada.

III. GUARDA Y CUSTODIA

El solo hecho de que la hija menor haya pasado de tener tres a seis años ¿es causa para solicitar la custodia compartida?

Salvo que deba aplicarse alguna ley autonómica, en principio este solo hecho no se considera por la jurisprudencia como causa para modificar el modelo de custodia. Es más, aunque las leyes autonómicas aragonesa y valenciana permiten la revisión de las medidas anteriores con base en la nueva normativa, la respuesta que están dando los juzgados y tribunales se inclina por mantener la situación existente en base a que para el cambio del modelo de custodia debe haberse producido un cambio de circunstancias, no considerándose como tal la modificación legislativa.

IV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Al liquidar la sociedad de gananciales la esposa pretende incluir en el pasivo del inventario un crédito a su favor por el importe actualizado de las obras realizadas en la vivienda familiar después de dictarse la sentencia de separación. El ex esposo se opone alegando que no dio su consentimiento a esas obras y por lo tanto deben ser asumidas exclusivamente por aquella. ¿Qué solución jurídica tiene la cuestión?

Un importante sector de nuestros tribunales entiende que si las obras fueron realizadas después de la separación matrimonial, es claro que tales gastos no pueden imputarse a la sociedad de gananciales ya disuelta al momento de la ejecución de las obras, y ello sin perjuicio de la facultad de la esposa de reclamarlo en el correspondiente juicio declarativo. No obstante, salvado el obstáculo procesal, muchos tribunales tampoco son favorables a su inclusión cuando no consta el consentimiento del otro cónyuge, pues la realidad es que la mayoría de las obras que suelen ejecutarse en las viviendas no son de estricta necesidad sino simplemente para mejorar la habitabilidad, debiendo tener en cuenta por otro lado que los arreglos puntuales por el desgaste de los distintos elementos del inmueble deberán ser asumidos por quien lo ha venido utilizando en exclusiva.

V. RÉGIMEN DE VISITAS

El padre pretende que la estancia del fin de semana finalice el lunes en que acompañará al menor al colegio. ¿Qué obstáculos existen para la fijación de este régimen?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es que no hay motivo alguno que aconseje que los hijos pernocten la noche del domingo al lunes con el progenitor no custodio porque los menores requieren una rutina en su medio habitual y esta exige que acudan al colegio desde el domicilio en que residen normalmente.

VI. CUESTIONES PROCESALES

La demandada, declarada en situación procesal de rebeldía, en el recurso de apelación solicitó la nulidad de actuaciones en base a que, si bien recibió la cédula de emplazamiento por correo certificado, el sobre no contenía copia de la demanda. ¿Es causa bastante para la declaración de nulidad?

No. Si está acreditado que la demandada recibió la cédula de emplazamiento dentro de plazo, aunque el sobre no contuviese copia de la demanda, aquella pudo, desplegando un mínimo de diligencia, solicitar del juzgado la entrega de la documentación.

VII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Tras haberse presentado el cuaderno particional por la contadora partidora, a petición de ambas partes se solicitó la suspensión del curso del procedimiento de liquidación para conseguir un acuerdo, si bien ello no fue posible. Instada la reanudación lo cierto y verdad es que la valoración que hizo el perito de la vivienda familiar tiene fecha de enero de 2007, y teniendo en cuenta el descenso experimentado últimamente por los inmuebles, la ex esposa solicita que se proceda a una nueva valoración de la vivienda. ¿Debe admitirse esta tesis?

Esta cuestión ha sido resuelta en sentido negativo por la AP de Alicante, Sec. 4.^a, que en su Sentencia de 19 de mayo de 2011 en base a que la valoración realizada en autos se llevó a efecto conforme a los trámites procesales normales en esta clase de litigios y fue la que se tuvo en cuenta en el cuaderno particional elaborado al efecto; de manera que aquella se cumplimentó en términos acordes con lo que disponen los artículos 810.5 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; no pudiendo plantearse de nuevo la corrección del referido avalúo por el mero transcurso de la sustanciación de la litis que, además de haberse suspendido por el intento de acuerdo de las partes, que no surtió efecto, siguió adelante con la lógica separación temporal existente entre el momento de la peritación y el de la adjudicación efectuada por el contador partidador.

VIII. PENSIÓN COMPENSATORIA

En el momento de presentarse la demanda de divorcio la esposa, además de percibir unos ingresos por las participaciones en diversas sociedades, se encuentra trabajando en una de las empresas del esposo. Ante el temor de que sea despedida tras dictarse la sentencia de divorcio, la esposa solicita la fijación de una pensión compensatoria, pues dicho despido le causaría un desequilibrio económico. ¿Podría fijarse pensión compensatoria en este caso?

Esta es una situación que se ha dado con cierta frecuencia en la práctica, y si bien es cierto que en el momento de presentarse la demanda de divorcio no existe en puridad desequilibrio económico, también lo es que con posterioridad puede producirse si el esposo decide despedir a la esposa. En alguna ocasión, la solución jurídica que han dado algunos tribunales ha sido fijar una pensión compensatoria que entraría en funcionamiento exclusivamente cuando la esposa perdiese su trabajo. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 ha analizado el caso y ha decidido que en estos supuestos no se dan las circunstancias para fijar una pensión compensatoria pues el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

IX. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Un español con vecindad civil catalana contrajo matrimonio en Cuba mediante poderes con una señora nacional de este país. Dicho poder se otorgó en Cuba seis

meses antes de celebrarse la boda. Tras el enlace la esposa siguió residiendo en su país durante un tiempo y posteriormente se trasladó a vivir con su esposo a Barcelona. ¿Qué régimen económico rige entre los cónyuges?

Habría que estar a lo que dispone el artículo 9.2 del Código Civil, según el cual las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por el del lugar de celebración del matrimonio. No existiendo pues ley común, ni habiéndose elegido, habrá de estarse a la ley del lugar de residencia común inmediatamente después del matrimonio y el primer lugar de residencia común se estableció en Barcelona, luego será de aplicación el régimen legal de separación de bienes vigente en Catalunya y no el de comunidad de la legislación cubana.

X. CUESTIONES PENALES

¿Puede sancionarse penalmente a un padre por el incumplimiento del régimen de visitas, o dicho de otro modo, esa conducta encaja en el tipo previsto en el artículo 618.2 del Código Penal (incumplimiento de obligaciones familiares judicialmente establecidas)?

Es cierto que el artículo 154 del Código Civil señala que uno de los deberes inherentes a la patria potestad es tener a los hijos en compañía del propio progenitor; pero no es menos cierto que dicho deber, consustancial al normal desarrollo afectivo y personal que

merece el menor por vía del contacto con ambos progenitores en situaciones de crisis matrimonial, es contemplado por el artículo 94 del mismo Código Civil desde el punto de vista del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, y desde esta óptica unilateral, lo conceptúa como goce de los derechos de visita, comunicación y tenencia del hijo en la propia compañía. Precisamente por ello es criterio generalizado entre nuestros tribunales que esta modalidad de relación entre el padre y los hijos tiene carácter potestativo y no imperativo o prohibitivo, de modo tal que, si esa comunicación del padre con el hijo viene establecida formalmente como una facultad del progenitor y no la cumple, teniendo en cuenta que la citada norma penal sólo sanciona el incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial, forzoso será reconocer que lo denunciado no es encuadrable en el concreto precepto indicado por la acusación.

XI. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

A pesar de que las partes liquidaron la sociedad de gananciales en un documento privado, uno de los cónyuges manifiesta que no tiene validez. ¿Qué puede hacer el otro cónyuge?

Si no obstante el acuerdo de liquidación, uno de los cónyuges trata de desconocerlo, podrá solicitarse ante el juez que conoció de la separación o el divorcio que dé cumplimiento a dicho acuerdo, en cuyo caso el procedimiento liquidatorio se circunscribirá a la aprobación y homologación del acuerdo, convirtiéndose así el trámite previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC en cauce formal para conseguir la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial, ante la imposibilidad de hacerlo por vía convencional (capitulaciones).

XII. GUARDA Y CUSTODIA

Puede ser un obstáculo para solicitar la custodia compartida haber incumplido con anterioridad la obligación de pago de la pensión alimenticia.

Así lo ha entendido la SAP de Baleares en su Sentencia de 6 de abril de 2011, al considerar que el incumplimiento de forma reiterada de la obligación alimenticia que le fue impuesta respecto de los hijos constituye grave impedimento para poder acceder a la petición de guarda y custodia compartida, tras la cual se vislumbra más un interés económico que de otro tipo, pues dicho incumplimiento no deja de suponer una falta del deber básico de cuidado y atención.

XIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Con ocasión de la compra de la vivienda familiar, uno de los cónyuges aportó una determinada cantidad proveniente de la venta de un bien privativo. Sin embargo, el inmueble se escrituró a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial sin hacer mención al dinero privativo. Al liquidarse la sociedad de gananciales el ex esposo pretende hacer valer su derecho y que en el pasivo figure una deuda de la sociedad de gananciales por el importe actualizado del dinero aportado, a lo que se opone la ex esposa. ¿Quién lleva razón?

La verdad es que no existe un criterio uniforme en las resoluciones de nuestros tribunales, si bien una cantidad importante de ellas entiende que si en el momento del otorgamiento de la escritura pública no se hizo reserva por parte del esposo de su derecho por la aportación de un bien privativo no procederá incluir ninguna partida de pasivo.

XIV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Teniendo en cuenta que ha habido anualidades en las que el IPC ha tenido un signo negativo, reclamada por la ex esposa la actualización de la pensión compensatoria se opone el ex esposo alegando pluspetición pues durante esos años que el IPC fue negativo la pensión debió de disminuir en el mismo porcentaje. ¿Lleva razón el ex esposo?

Para resolver esta cuestión habrá que estar al contenido de la sentencia o del convenio regulador, pues si la actualización de la pensión sólo se fijó en términos de subida, el IPC negativo no afectaría a su importe teniendo el efecto de dejar invariable la pensión en estos años. Por el contrario si se estableció la adaptación de la pensión a las variaciones del IPC es obvio que aquella debe correr la misma suerte, es decir, subirá o bajará en función del IPC.

XV. RÉGIMEN DE VISITAS

El padre solicita que cuando los horarios laborales de la madre le impidan estar con sus hijas, en lugar de contratar un canguro que esté con ellas sea él quien adopte ese papel. ¿Puede admitirse esta petición?

Salvo acuerdo entre los progenitores, no es usual que los tribunales acuerden esta medida dado que desconociéndose de antemano los turnos de trabajo de la madre y si variarán o no en el futuro, la experiencia demuestra que surgirán importantes conflictos en el caso que se impusiera de manera coactiva esta medida.

XVI. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales el esposo pretende que se incluya en el activo un crédito a

favor de la sociedad frente al cónyuge que ha venido utilizando de forma exclusiva unos de los inmuebles desde que, por capitulaciones matrimoniales, se disolvió la sociedad. ¿Puede admitirse la tesis del esposo?

No. El uso exclusivo de la vivienda familiar no puede generar un crédito a favor de la sociedad de gananciales en el momento de la liquidación, cuando el otro cónyuge jamás solicitó compartir ese uso o las ganancias que podía reportarles si se hubiese puesto en alquiler.

XVII. UNIONES DE HECHO

Los integrantes de una pareja de hecho han consensuado las consecuencias personales y patrimoniales del cese de la relación, y así han pactado el régimen de custodia de los hijos, régimen de visitas y pensión alimenticia. Igualmente han acordado que la vivienda familiar pase a ser propiedad de la mujer debiendo abonarle al otro conviviente una determinada cantidad. ¿Puede aprovecharse el procedimiento de adopción de medidas paterno-filiales para solicitar la homologación de todos los acuerdos?

No. La cláusula del convenio regulador de una pareja de hecho que incluye la liquidación y división del patrimonio se trata de un pacto que no afecta al menor y por tanto no puede incluirse en un convenio regulador de medidas de hijos extramatrimoniales. Es decir, que dicha cláusula no se homologará por la sentencia judicial. Si los convivientes quieren dotar de seguridad jurídica a dicha cláusula tendrán que acudir a la Notaría y otorgar una escritura de extinción de comunidad.

XVIII. RÉGIMEN DE VISITAS

La madre pretende instar una demanda de modificación de medidas para supri-

mir la pernocta de las hijas con el padre en base a que éste no dispone de una habitación independiente para ellas. ¿Puede admitirse esta tesis?

En principio es criterio generalizado que la supresión de la pernocta debe basarse en razones de falta de salubridad, inhabilitabilidad o cualquiera otra causa personal o material que pudiera ser perturbadora para las menores, por lo que la mera alegación de que las hijas no disponen de habitación propia está abocada al fracaso.

XIX. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La vivienda familiar se adquirió por la esposa antes de contraerse el matrimonio, si bien con posterioridad se abonó con carácter ganancial el préstamo hipotecario. En la fase de liquidación se cuestiona si para el cálculo del pro indiviso debe computarse o no la cantidad que la esposa abonó en concepto de IVA al otorgarse la escritura pública.

Como dentro del precio de la vivienda estaba incluido el IVA habrá que entender que esta cantidad debe ser contabilizada a efectos de determinar el precio final que permitirá conocer el distinto porcentaje privativo y ganancial.

XX. PENSIÓN COMPENSATORIA

Solicita el ex esposo la extinción de la pensión compensatoria alegando que ha visto reducidos sus ingresos como consecuencia de la jubilación. ¿Constituye este motivo causa de extinción de la pensión?

Aunque habrá que analizar caso por caso, con carácter general entienden muchos tribunales que la alteración experimentada en los ingresos del cónyuge que abona la pensión al pasar a la situación de jubilación en modo alguno puede considerarse como hecho sobrevenido, imprevisible y relevante

que pueda ser causa de extinción de la pensión conforme a los arts. 100 y 101 CC.

XXI. RÉGIMEN DE VISITAS

Al haber trasladado la madre su domicilio a otra ciudad llevándose a los hijos, el régimen de visitas intersemanal con el padre que incluía la pernocta ya no puede llevarse a efecto, y pretende el padre que el nuevo régimen de visitas comprenda todos los fines de semana a excepción de los correspondientes a las vacaciones escolares alegando que ha sido la madre quien caprichosa y unilateralmente ha decidido cambiar el domicilio. ¿Beneficia al interés de los hijos el régimen de visitas solicitado por el padre?

El criterio mayoritario entre los tribunales es que los fines de semanas son los periodos en los que con mayor libertad se disfruta de la relación paterno-filial, y precisamente por ello no se admite que todos estos periodos los pasen los hijos con un solo progenitor.

XXII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La empresa suministradora del gas ha interpuesto una demanda de reclamación de cantidad exclusivamente contra la esposa, que es la que figura como titular del contrato de suministro. Al encontrarse los cónyuges en trámites de separación esta ha alegado la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues también debería demandarse al esposo ¿Puede estimarse esta excepción?

No. Como la acción ejercitada es una acción personal mediante la que se exige el cumplimiento de la obligación de pago derivada del contrato de suministro celebrado por uno de los cónyuges, no resulta necesario llamar al proceso al cónyuge no interviniente en el contrato.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

EL DIVORCIO EN LA ESCUELA

ÁNGEL LUIS CAMPO IZQUIERDO

Magistrado

Luisa, por decir un nombre, puede representar a esa niña que ha vivido el divorcio de sus padres hace dos años, y desde entonces ha dejado de compartir con papá o con mamá la alegría de sus buenas notas, los problemas del día a día en el colegio y se ha visto privada de la ayuda que recibía de uno de ellos para hacer los deberes. Pedro, por decir otro nombre, puede representar a ese niño que está viviendo el proceso de divorcio de sus padres, y ve cómo su comportamiento y rendimiento escolar han empeorado. Y además, por un conflicto de lealtades mal entendido, no sabe a quién acudir para pedir ayuda. María o Javier pueden ser ese progenitor que, aprovechando que tiene la guarda y custodia en exclusiva, y pese a ostentar ambos la patria potestad compartida, ha dado las órdenes oportunas en el centro escolar al que acuden sus hijos para que el otro progenitor no tenga acceso a ningún tipo de información escolar de ellos. José o Ana, en cambio, pueden representar al progenitor que, por no ostentar la guarda y custodia de sus hijos, se ha visto de un día para otro privado de cualquier contacto e información sobre la vida escolar de sus hijos.

Estos casos son una pequeña muestra de los múltiples problemas que se están generando en el ámbito escolar por un divorcio o separación mal tramitado o mal resuelto; generalmente, por una mala información de lo que es la patria potestad y la guarda y custodia, y una mala defensa de los intereses del menor, que, salvo prueba en contrario, pasa por tener la debida relación con uno y otro progenitores, así como con la familia paterna extensa y la familia materna extensa; y del malestar que se genera entre los progenitores divorciados, que ven cómo se les ponen uno y mil obstáculos para acercarse al centro escolar u obtener plena información de dichos centros sobre las notas, actividades, excursiones, reuniones... de sus hijos.

Situación a la que se debe poner remedio de forma urgente, para evitar situaciones conflictivas o violentas entre los cónyuges progenitores, y muchos incidentes judiciales que poco ayudan a pacificar y hacer más cordiales las relaciones del menor con cada papá y mamá. Para ello, sería conveniente:

1. Usar una terminología más acorde con la que se utiliza en la normativa europea. Véase, responsabilidad parental, convivencia... sabiendo que cuando hablamos de divorcio, de cese de la convivencia y sus efectos en los hijos, es mejor no pensar en repartir o dividir, sino en participar (en función de la disponibilidad de cada uno) en la formación y educación de los hijos; eso, y no otra cosa, es la custodia compartida.

2. Los niños/as no son propiedad de los padres, y tienen derecho a relacionarse y a convivir con cada progenitor el tiempo necesario para que cada uno de ellos pueda ejercer su rol de papá o mamá, entre otras esferas, en el ámbito escolar.

3. Realizando campañas de información pública, para que todos los ciudadanos sepan la diferencia entre patria potestad y guarda y custodia. En concreto, la patria potestad implica que su titular ostenta la representación legal de los menores, y es quien debe tomar las decisiones que afectan al desarrollo integral del menor, tales como: lugar de residencia, centro escolar al que acudir, formación religiosa, decisiones médicas... Por lo tanto, si es compartida, esas decisiones las deben tomar entre ambos progenitores. Por el contrario, la guarda y custodia no da derecho a su titular a tomarlas, sino que sólo le faculta a tener al hijo en su compañía y tomar las decisiones menos importantes del día a día: qué se come, a qué hora se acuesta, cómo distribuir el ocio cuando está con el menor, qué ropa se pone... sabiendo que los conflictos, en el ejercicio de esa patria potestad, los resuelve el juez tras oír a ambos progenitores, al menor y al ministerio fiscal. (Artículo 156 del Código Civil).

4. Que la Administración fije para los centros escolares protocolos de actuación uniformes para estas situaciones. Es decir, cómo se debe comportar el personal docente cuando los progenitores de uno de sus alumnos ya no viven juntos y, pese a ello, siguen conservando la titularidad y ejercicio de la patria potestad de forma compartida. Protocolo en el que se puede recoger: a) que el personal docente, al menos la dirección y el tutor del menor, tenga conocimiento cuanto antes de esa circunstancia. b) Que el centro escolar tenga la dirección, teléfono o correos electrónicos de ambos progenitores, para que cualquier información que afecte al menor llegue a ambos; evitando siempre usar al menor como correo. c) Impedir que el progenitor que tiene la guarda y custodia, por este simple hecho, impida al otro ejercer sus derechos como progenitor que ostenta la patria potestad. d) Estar atentos desde los centros escolares a la incidencia del cese de la convivencia de sus padres, en la convivencia escolar del menor y su evolución escolar, y en caso de que se aprecien problemas o incidencias negativas, ponerlas en conocimiento de los padres inicialmente. Y si la cosa no mejora, en conocimiento del ministerio fiscal.

5. Los centros escolares deberían conocer el contenido de la sentencia antes de tomar cualquier decisión sobre traslado de información a uno o ambos progenitores.

6. Los progenitores deben ejercer su derecho a la información escolar de sus hijos, pero no directamente ante los juzgados, sino inicialmente ante la dirección del centro y/o autoridades educativas.

Todo ello, sin olvidar que la educación y formación de los hijos es una tarea de los padres, que pueden y deben contar con la ayuda y colaboración del personal docente, siempre y cuando éstos reciban el respeto debido, recobren la autoridad perdida y se les dote del resto de herramientas precisas y adecuadas.

Para ir terminando, y siguiendo el esquema de uno de los capítulos del libro de Eduardo PUNSET *Viaje a la felicidad*, se pueden reseñar unas pistas para que los divorcios no sean fuente de tantas tristezas, problemas, quejas o resentimientos:

1. Hay que saber esperar y reflexionar; pues muchas veces por actuar de prisa, con poca información, entran en juego las emociones, basadas en unas vivencias o memoria que no concuerdan al 100% con la realidad, pasando a ser por tanto malas consejeras para adoptar soluciones de futuro.

2. Observar a los demás. Es decir, aprender de los aciertos, y sobre todo de los fracasos, de los demás; pero sin olvidar que cada pareja es un mundo con sus propios problemas

que necesitan su propia y específica solución. Soluciones que no tienen que coincidir con las adoptadas en el divorcio de la hermana, el amigo, la madre, el compañero de trabajo, el tío, etcétera.

3. No se puede solucionar un problema desde el temor o la amenaza. El miedo a la multa, a la cárcel, a la denuncia, a dejar de ver a los hijos, a perder la casa, a no tener dinero para vivir de forma decorosa son malos compañeros de viaje y peores consejeros para tomar buenas decisiones. Para ello es mejor el diálogo, la empatía, la educación, un buen asesoramiento...

4. No debemos tener miedo a los cambios o a las novedades. Si siempre hacemos lo mismo, siempre cometeremos las mismas equivocaciones. Todos evolucionamos, y no vivimos ni nos relacionamos como hace cincuenta años. Por ello no cerremos las puertas a las nuevas figuras de custodia compartida o alterna (que ya se recogen en las leyes de Aragón, Cataluña, Valencia y que admite el Tribunal Supremo como la solución más normal, si se dan los elementos precisos), a las distintas formas de garantizar a los hijos/as un derecho de habitación digno cuando están con papá y cuando están con mamá; realicemos los cálculos justos y adecuados para saber qué necesitan realmente los hijos y cómo deben contribuir papá y mamá a esos gastos.

Como punto final y motivo de reflexión, poner de manifiesto un pensamiento de Mafalda: «Como siempre, lo urgente no deja tiempo para lo importante».

Revista de

Derecho de Familia

**PUBLICACIONES, NOTICIAS
Y DATOS DE INTERÉS**

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,50
1998	5,50
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50
2009 (desde el 1-I hasta el 31-III)	5,50
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4
2011	4
2012	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2012

21,38 euros/día o 641,40 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0	5,3	4,9	4,5	3,6	2,4	1,4
2009	0,8	0,7	-0,1	-0,2	-0,9	-1,0	-1,4	-0,8	-1,0	-0,7	0,3	0,8
2010	1,0	0,8	1,4	1,5	1,8	1,5	1,9	1,8	2,1	2,3	2,3	3,0
2011	3,3	3,6	3,6	3,8	3,5	3,2	3,1	3,0	3,1	3,0	2,9	2,4
2012	2,0	2,0										

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)**

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

GUARDA Y CUSTODIA

El padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor, y ello es razón suficiente para excluir la custodia compartida y atribuirla a la madre en exclusiva quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

[TSJ de Aragón, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

Hay que ponderar de una parte que el menor desde siempre ha estado con la madre, lo que de alguna forma exige que esa situación se siga manteniendo y que con la madre convive también la otra hija del matrimonio, por lo que a ella debe otorgársele la custodia.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011]

La existencia de un hijo de una relación anterior no puede ser tenida en cuenta para atribuir la custodia al padre, dado que la menor siempre ha estado cuidada por la madre.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

La custodia compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y será el juez quien debe decidir cuál será el mejor régimen de protección, según sus circunstancias y las de sus progenitores. La Audiencia dejó sin efecto la custodia compartida acordada por el Juzgado porque el niño no puede estar cambiado de ciudades, aunque solo estén separadas en 10 Kms.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

Los 15 años del hijo pesan decisivamente en el momento de modificar la custodia, pues ha manifestado con reiteración que quiere convivir con la madre, lo que no significa que el padre no haya ejercido correctamente las funciones de la guarda pactada en el convenio regulador.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2011]

El traslado voluntario de residencia de la madre a otra ciudad distante a unos 15 Km. tras entablar una nueva relación de pareja no es causa para dejar sin efecto la custodia compartida.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2011]

Se acuerda la custodia compartida por periodos mensuales (bimensuales de septiembre a diciembre y trimensuales de enero a junio) no siendo obstáculo para ello los inconvenientes de la actividad laboral desarrollada por el padre que inicia muy pronto su jornada laboral.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2011]

Cambio de guarda y custodia a favor del padre, dado que la actitud de la madre ha motivado la privación de la figura del padre.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de septiembre de 2011]

No es obstáculo para acordar la custodia compartida que no se hubiese solicitado en las primeras actuaciones del proceso, siempre y cuando la petición pueda ser objeto de análisis y controversia.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de julio de 2011]

RÉGIMEN DE VISITAS

La suspensión del régimen de visitas acordada en la jurisdicción penal no puede ser modificada en el procedimiento de divorcio, pues no consta que aquellas hayan sido modificadas o dejadas sin efecto.

[APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

La ampliación de las visitas intersemanales a dos tardes, considera esta Sala que no es beneficiosa para el menor, pues podrá afectar a la organización de su jornada escolar y de tiempo de ocio.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011]

No es de recibo la petición de que la madre recoja a los hijos a la salida del Colegio los lunes, miércoles y viernes, hasta las veinte horas. Ello distorsiona la jornada vespertina de estudio de los hijos, siendo más razonable que la comunicación tenga lugar solo los miércoles.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011]

Teniendo once meses el hijo, se establece un régimen de visitas progresivo que comienza sin pernocta para ir adaptando al menor a la compañía del progenitor no custodio respetando las normas de higiene infantil en cuanto a horarios y entorno de estabilidad.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2011]

La hija común de los litigantes tenía tres años de edad, contando actualmente con nueve años cumplidos el pasado 5 de junio del año en curso. La cláusula del convenio de que el padre no puede pernoctar con la menor y que no pueda salir del término municipal, sin el permiso de la madre, no es de recibo.

[APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2011]

Si el padre no muestra su aquiescencia a la ampliación del régimen de visitas solicitado por la madre, de acordarse dicha ampliación resultaría una medida inefectiva que no redundaría en el beneficio de la hija.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2011]

No se acredita la existencia de peligro alguno para la salud física o psíquica del menor que justifique la suspensión del régimen de comunicación, pues consta acreditado que el padre se sometió a tratamiento por su drogodependencia y recibió el alta terapéutica.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2011]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Cuando existen hijos menores hay que aplicar de forma imperativa lo dispuesto en el art. 96 del CC y por tanto procede dejar sin efecto la atribución de otra vivienda de similares características cuyo alquiler iba a atender el progenitor no custodio garantizando con un aval bancario suficiente las rentas futuras.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

No cabe dentro del proceso matrimonial, ante la falta de acuerdo de los litigantes, segregar o independizar las estancias de plantas de la vivienda, creando dos viviendas como solicita el esposo.

[AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

Dada la enfermedad irreversible del hijo mayor de edad y en proceso de incapacitación no procede fijar límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

Aunque la atribución de la vivienda por plantas debe ser excepcional, en el presente caso se dan las circunstancias para ello, pues el padre viene ocupando, en apariencia sin mayores inconvenientes o tensiones entre las partes, la planta baja desde que se inició la crisis de pareja.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2011]

La escasa duración del matrimonio impide la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa al no existir hijos comunes.

[AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2011]

Se desestima la acción de desahucio por precario al no quedar suficientemente acreditada la titularidad de la vivienda por parte de los padres, pues aunque haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad con posterioridad, el hijo había reconocido la vivienda como de carácter ganancial.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2011]

El matrimonio cuenta con dos viviendas, por lo que al no existir ningún interés preponderante digno de proteger, parece ajustado a derecho que cada uno de ellos disfrute de una, sin que ello suponga un uso indefinido de las mismas.

[AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2011]

Se atribuye a la madre el uso de la vivienda familiar aunque la custodia se concede al padre, pues éste dispone de otra en la que convive con su nueva pareja. No obstante, se limita el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

[AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2011]

En aplicación del Código Foral de Aragón se atribuye el uso de la vivienda familiar privativa del padre, a la madre y al hijo menor de edad (tiene 5 años) por un plazo de seis años.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2011]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si bien es cierto que con la resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendatario se ha extinguido la única fuente de ingresos del padre, también lo es que no se ha acreditado que esa situación sea prolongada en el tiempo, pues el inmueble puede ser puesto de nuevo en el mercado de alquiler, ser arrendado y seguir produciendo ingresos.

[APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

El haberse atribuido el uso de la vivienda familia propiedad del padre, a la madre e hijo, debe entenderse que con ello el padre está contribuyendo a los alimentos del hijo, y si tenemos en cuenta que el hijo percibe una renta mensual de 368 euros por el alquiler de un inmueble de su propiedad, la cuantía de la pensión alimenticia debe ajustarse a estos parámetros.

[AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

Se declara la nulidad de actuaciones por haberse despachado ejecución por impago del gasto extraordinario generado por la primera comunión de la hija que no estaba incluido en el convenio regulador como tal.

[AP Jaén, Sec. 3.ª, Auto de 30 de septiembre de 2011]

No es de recibo que se alegue, *grosso modo*, que el rendimiento económico de la actividad laboral del demandado ha disminuido considerablemente debido a la crisis económica que venimos padeciendo, pues de ser ello cierto, no encontramos en la contestación a la demanda ninguna referencia a los mayores o menores ingresos líquidos que venga percibiendo, limitándose a aportar unas declaraciones de la renta que nada aclaran.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

No resulta conforme a la naturaleza de la pensión de alimentos fijar un plazo de abono de un año a partir de que la hija adquiera la mayoría de edad, pues se desconoce la situación que concurrirá en dicho instante.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011]

La sentencia únicamente indica que ambos progenitores contribuirán al pago de los gastos extraordinarios por mitad, pero no establece una cantidad líquida de dinero, por lo que debe tramitarse el incidente previsto en el art. 776.45 de la LEC.

[AP Teruel, Sec. 1.ª, Auto de 27 de septiembre de 2011].

No procede extinguir la pensión alimenticia de la hija mayor de edad (nació en 1971) pues tiene una minusvalía del 66% (padece trastorno de la personalidad no especificado y trastorno obsesivo compulsivo), no siendo significativo que la madre perciba una ayuda familiar por hijo a cargo por importe de 347,60 euros mensuales.

[APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

Se llega a la convicción de que pese a ser el recurrente demandante de empleo sí tiene ingresos, sigue siendo socio de dos entidades mercantiles en el ámbito de la hostelería, no siendo creíble que viva únicamente de la pensión de su mujer por incapacidad permanente total por importe de 605 euros, cuando se paga hipoteca y se tiene un nuevo hijo, más dos de su nueva pareja.

[APA Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

No es que ya no puede pagar como consecuencia de la reducción de jornada y sueldo, sino que su conducta habitual es la de no pagar o pagar cantidades inferiores a las debidas, lo que no casa con la propiedad de un vehículo y una motocicleta que, en su caso, hace tiempo debió vender para atender a las prioritarias necesidades de los hijos, si alguien tiene que sufrir algún sacrificio económico, lo será el padre en beneficio de los hijos.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011]

PENSIÓN COMPENSATORIA

El cobro por la ex esposa de una pensión por jubilación de la Seguridad Social es causa suficiente para reducir la cuantía de la pensión compensatoria.

[AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

El ex esposo, con independencia de haberse dado de baja como autónomo, continúa desarrollando su actividad profesional como agente comercial realizando trabajos de mediación, es titular de un vehículo de la marca Jaguar, por lo que no entendemos que se haya producido un cambio de circunstancias para modificar la pensión compensatoria.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011]

El matrimonio carece de hijos, cada uno administraba sus propios ingresos, la dedicación futura a la familia es nula, el matrimonio no supuso para los litigantes la pérdida de una pensión o la limitación de sus vidas laborales, no existiendo por tanto causa para la fijación de una pensión compensatoria.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011]

Aunque la esposa percibe ingresos, dada la diferencia con los que recibe el esposo se fija una pensión compensatoria sin limitación temporal.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

Queda acreditada una desvinculación económica de los cónyuges en los últimos años, administrando y disponiendo la esposa de su nómina, careciéndose de una cuenta común, por lo que no se dan los requisitos para el establecimiento de una pensión compensatoria.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2011]

Que la esposa haya retirado cierta cantidad de una cuenta común no tiene repercusión alguna en el momento de fijar la pensión compensatoria.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2011]

CUESTIONES PROCESALES

Es pronunciamiento jurisprudencial reiterado el que sostiene la imposibilidad de impugnar un recurso de apelación por parte del apelante principal al oponerse a la apelación de la parte contraria, salvo que se tratase de litigante contra la que no se hubiera dirigido la apelación.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011]

Habiendo elevado la Sentencia de la Audiencia Provincial la cuantía de la pensión alimenticia, la nueva pensión se abonará desde la fecha en que se dictó, ya que nos encontramos en un procedimiento de modificación de medidas.

[TSJ de Cataluña, Sentencia de 26 de septiembre de 2011]

No existe vicio procesal en la celebración del juicio. La parte actora pretendió en el mismo día la urgente suspensión, primero alegando la existencia de conversaciones entre las partes para alcanzar un acuerdo, y al desestimarse judicialmente dicha pretensión claramente dilatoria, se presentó un segundo escrito alegando una cita médica que le impedía su asistencia a dicho acto.

[AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011]

Si el padre pide la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, la petición de la madre de que se incremente la pensión del hijo menor de edad debe efectuarse por vía de reconvencción.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2011]

Legitimación de los tutores de una mujer incapacitada en situación de coma vigil para interponer una demanda de divorcio, al haber quedado acreditado que la acción se ejercía en su interés.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2011]

Se decreta la nulidad de actuaciones y la retroacción del procedimiento a la fase inicial para que sea parte la hija mayor de edad cuya pensión alimenticia se pretende extinguir al ser de aplicación lo establecido en el art. 753 de la LEC.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2011]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Los pactos contenidos en el convenio regulador forman parte integrante de la sentencia que los aprobó, pero la aprobación judicial solo se entiende que ha recaído sobre los pactos propios del objeto de la competencia del Juzgado de Familia, de modo que solo tienen efecto ejecutivo aquellos sobre los que recae dicha competencia. Lo que la ex esposa pretende es proceder a la división de cosas comunes, cuando es patente la falta de competencia de los Juzgados de Familia para conocer de tal cuestión.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 27 de septiembre de 2011]

La negativa del menor a la realización de la visita solo puede aceptarse como causa de oposición cuando esté revestida de cierta consistencia y verosimilitud.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 21 de septiembre de 2011]

Se desestima la excepción de pluspetición y procede acoger la demanda de ejecución en su integridad, pues el padre debía abonar la pensión alimenticia desde la fecha en que se firmó el convenio regulador.

[AP A Coruña, Sec. 5.ª, Auto de 16 de septiembre de 2011]

Se estima la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el padre solicitando la condena a la madre al abono del 50% de la pensión alimenticia abonada en exclusiva por él dados

los términos en los que estaba redactado el convenio regulador («ambos cónyuges contribuirán a su pago mediante ingreso en determinada cuenta bancaria de titularidad de las hijas»).

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de septiembre de 2011]

Debe continuar adelante la ejecución por impago de pensiones alimenticias ya que el ingreso bancario de 1.200 euros que hizo el padre fue imputado a la amortización de préstamos familiares domiciliados en la cuenta y no a la pensión alimenticia.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 5 de septiembre de 2011]

CONVENIO REGULADOR

Validez y eficacia de la cláusula pactada por los cónyuges en el convenio regulador de aumento automático de la pensión alimenticia de 400 a 900 euros para el caso de que la nueva unidad familiar formada por la madre y por sus hijos abandone la vivienda que habitan, por cualquier causa, cantidad a destinar, total o parcialmente, a la adquisición de la vivienda o al pago de la renta por arrendamiento.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Acreditado que el inmueble se adquirió por contrato privado por el padre del esposo, la circunstancia de que se otorgase la escritura pública constante el matrimonio y a favor del esposo no convierte el bien en ganancial.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

Se desestiman las demandas en las que los cónyuges se reclamaban entre sí cantidades por la disposición de bienes comunes, ya que estas cuestiones deben resolverse en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

Actualización de los créditos conforme al IPC, indicador que determina la inflación producida y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de modo que su aplicación equilibra el valor nominal equiparado al tiempo de la actualización.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

Vendidas las acciones antes de la disolución de la sociedad de gananciales no pueden incluirse en el activo, pues en ningún caso puede afirmarse como hecho probado ni que se trate de un negocio fraudulento, ni que la esposa hubiera rechazado su consentimiento, ni que el esposo hubiera incorporado a su exclusivo patrimonio el precio obtenido.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2011]

Procede reconocer una deuda entre cónyuges dado que consta la partición notarial en virtud de la cual se le entrega a la esposa 21.000 euros, al día siguiente ese dinero se ingresó en una cuenta ganancial, pero posteriormente se traspasó a una cuenta titularidad solo del esposo y de su hijo.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2011]

Se incluye en el pasivo un derecho de crédito del esposo frente a la sociedad de gananciales por el importe del préstamo que solicitó, ya disuelta la sociedad de gananciales, para atender una deuda de carácter ganancial.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2011]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No se pueden alargar indefinidamente los periodos para que los progenitores cambien su conducta o se modifiquen las circunstancias que fueron determinantes para dictar la resolución de desamparo, y por ello debe declararse que es preciso su asentimiento para acordar la adopción.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia 30 de septiembre de 2011]

No es preciso el asentimiento en el procedimiento de adopción, pues durante el plazo de dos años desde que se decretó el desamparo no ha existido un cambio de circunstancias.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

No es causa para negar la idoneidad para la adopción internacional que tengan preferencia en el sexo y edad del adoptado, y que manifestasen que el fin perseguido fue dar una hermana a la hija.

[AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011]

FILIACIÓN

Aunque se estima la acción de reclamación de filiación se desestima la petición de que se declare que es heredero, ya que si bien conforme al art. 807 del CC son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, se desconoce la concurrencia de circunstancias que podrían desvirtuar tal precepto, pues ninguna prueba se ha practicado al efecto.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011]

Conforme al principio de la facilidad probatoria *ex* art. 217.7 LEC solo estaba en manos del demandado la práctica de la prueba biológica que, de haber consentido su realización, habida cuenta de la seguridad que tiene en cuanto a la no paternidad de la actora, hubiese despejado todas las dudas.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011]

UNIONES DE HECHO

Se desestima la demanda en la que un conviviente de hecho ejercitaba la acción de preterición al no poder aplicarse retroactivamente el derecho civil gallego, pues la equiparación de efectos con el matrimonio comenzaría a computarse a partir de su vigencia.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011]

SUCESIONES

Se declara la nulidad de las donaciones efectuadas por la madre a favor de uno de sus hijos y dos nietos al concurrir dolo, ya que fue el hijo quien acudió a la notaria aportando la documentación necesaria para la redacción de las escrituras. Pensando la madre que solo iba a donar un inmueble se encontró con la sorpresa de que aquellas contenían la donación de más inmuebles, viéndose en la tesitura de firmar la documentación sin desearlo. Al día siguiente y en varias ocasiones posteriores, la madre se personó en la Notaría para interesarse sobre la forma de dejar sin efecto los negocios realizados.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011]

La mera posesión de la vivienda, o tener un porcentaje de cuota superior, no habilita al heredero para obtener su adjudicación en la partición, pues si el bien es indivisible deberá procederse a la venta del bien y reparto del precio.

[AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011]

CUESTIONES PENALES

Se condena a la madre y a su compañero sentimental por un delito de abandono de familia al no llevar al menor a recibir los correspondientes cuidados médicos que pudiese precisar ante el comportamiento llamativamente anómalo sobre el que habían sido informados por el centro escolar, que resultó derivarse del consumo de drogas por el menor.

[Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 12 de julio de 2011]

Aunque se condena al compañero sentimental por un delito de lesiones en el ámbito familiar se le absuelve del delito de detención ilegal del que venía acusado por impedir salir a la víctima de la casa. Prueba de cargo suficiente basada en la declaración de la víctima.

[Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 29 de junio de 2011]

OTRAS CUESTIONES

No existe fraude de ley en el contrato de vitalicio suscrito en 2004 cediendo los bienes a personas de confianza con quienes se convive para asegurarse su asistencia y cuidados, pues no se llevó a efecto como medio para eludir los derechos legitimarios de la actora, declarada judicialmente hija del cedente-alimentista el mismo año 2004.

[TSJ Galicia, Sentencia de 12 de septiembre de 2011]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de *Derecho de Familia* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Familia. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la Revista de *Derecho de Familia* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *redaciv@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres (contando con los espacios). Preferiblemente, el interlineado será a doble espacio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenece.
6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.