

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 53

Revista de **Derecho de Familia**

© Lex Nova 2011

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,
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

PATRIA POTESTAD *VERSUS* CUSTODIA

La SAP de Girona Sec. 1.^a de 10 de junio de 2011 incluía entre sus fundamentos jurídicos el siguiente texto: «Cuando a un progenitor se le atribuye la guarda y custodia de un hijo, se le da a entender que en la práctica dicho progenitor está ejerciendo las funciones habituales de la patria potestad y el otro progenitor queda relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para el hijo». Este sentir popular ha creado unos tremendos perjuicios a las relaciones paterno-filiales pues ha contribuido a establecer padres de primera y segunda categoría.

Los juzgados y tribunales se están esforzando cada día más en aclarar en sus resoluciones que una cosa es la patria potestad y otra el reparto del tiempo de convivencia con cada uno de los progenitores y que ambos están en misma categoría y deben asumir por igual sus obligaciones frente a los hijos.

Las funciones de la «patria potestad» o de la «responsabilidad parental» comprenden los siguientes deberes: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. En el plano de la responsabilidad civil, los padres son responsables de los hechos cometidos por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Tras el cese de la convivencia conyugal todas las funciones siguen inalterables a excepción de una de ellas, la de tener a sus hijos en su compañía. Lógicamente, si los padres fijan sus residencias en domicilios distintos es obvio que los hijos comunes no pueden estar al mismo tiempo con el padre y con la madre, esto únicamente es posible cuando todos conviven en un mismo domicilio. Por ello, en los casos de cese de convivencia entre los padres, la función de la patria potestad que consiste en «tener a los hijos en su compañía» se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor —o a ambos si se acuerda la custodia conjunta o compartida— y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor. Por tanto, los términos «guarda y custodia» y «régimen de visitas y estancias» no son sino dos conceptos temporales de la función de «tenerlos en su compañía».

Por tanto, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el progenitor que ejerce las visitas. Es decir, la separación de los padres lo único que implica es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos. De forma meridianamente clara se pronuncia en este sentido el artículo 92 del CC: «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos», o el artículo 76 del Código de Derecho Foral de Aragón cuando indica que «La ruptura de

la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar». En similares términos el artículo 233-8.1 del Código Civil de Cataluña señala que «La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente».

No obstante es justo reseñar que el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 —de aplicación preferente al Código Civil y leyes autonómicas— en su artículo 2.9 indica que «el derecho de custodia otorga la facultad de decidir sobre el lugar de residencia». Sin embargo, también es cierto que este artículo se dedica a las definiciones sin que luego haya ningún artículo que ratifique esta afirmación, por lo que, como se pronuncia la inmensa mayoría de las sentencias, no estamos ante un derecho absoluto del progenitor custodio ya que el traslado siempre estará condicionado a que sea beneficio para el menor, siendo innumerables las decisiones de nuestros tribunales que sancionan los traslados unilaterales de residencia del progenitor custodio.

La convivencia diaria con el hijo exige tomar decisiones básicas de forma continua e inmediata y por algunos se argumenta que la custodia conlleva el poder de decidir esas cuestiones cotidianas. No parece lógico que para que un hijo asista a una excursión del colegio sea necesario contar con el consentimiento de ambos progenitores y que lo normal será que la decisión se tome por uno solo de ellos. Pero claro ¿qué pasa cuando estas pequeñas decisiones deben tomarse mientras que los hijos están con el progenitor no custodio? Siguiendo la tesis anterior, sería el progenitor custodio quien debería decidir, pero ello en absoluto es así, y con razón señala la SAP de Girona que citamos al principio que «cuando este padre tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, en el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativas, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad». En consecuencia, esas decisiones sobre las cuestiones cotidianas deberán tomarse por el progenitor con el que en ese momento convivan, es decir, que debemos volver a la tesis inicial de que la custodia no otorga más derechos al progenitor custodio.

El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a su hija, especialmente en el ámbito educativo, sanitario, religioso y social. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo o actividades extraescolares a realizar; en la autorización de cualquier intervención quirúrgica, tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, tanto si entraña algún gasto como si está cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; en la decisión sobre la realización o no de un acto religioso o social relevante, así como en el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quien se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en el cambio de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente, y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente. Los progenitores tienen el deber de informarse mutuamente de todas las

cuestiones relevantes que afecten a su hija, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía de la menor en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad), lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan de los menores tienen la obligación de suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijos, por ser ambos titulares de la patria potestad.

Por tanto, el progenitor que se encuentre en compañía de los hijos podrá adoptar decisiones respecto a ellos, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL NUEVO INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTOS EXTRAORDINARIOS. REPERCUSIONES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN FORZOSA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES.

Ana Dolores Sánchez López 25

PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O DE MATERNIDAD SUBROGADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Antonio J. Vela Sánchez 67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 89

Filiación 89

Se declara la nulidad del auto de inadmisión a trámite de una demanda de impugnación de filiación que fue declarada en virtud de una sentencia dictada en el año 1964 por un tribunal peruano, al no haberse dado respuesta a la petición efectuada por la actora en cuanto a la aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual «las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 8/2011, de 28 de febrero 89

TRIBUNAL SUPREMO 99

Régimen de visitas 99

Es procedente no fijar un régimen de visitas cuando se considera probada la conducta violenta del padre dado que según la Sentencia de la Audiencia Provincial existen pruebas de una posible situación de violencia familiar y, aunque el padre no ha sido condenado por haber acabado el procedimiento con perdón de la ofendida, la madre se ve obligada a vivir en una vivienda facilitada por la Administración en respuesta a las situaciones de violencia y el padre puso de relieve los

episodios de violencia ocurridos durante las vistas celebradas, siendo acordado su desalojo.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2011</i>	99
Pensión compensatoria	102
La decisión de fijar un plazo temporal para percibir la pensión compensatoria en base a que la esposa conoce el mundo laboral aunque actualmente se encuentre desempleada, es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011</i>	102
La solicitud de temporalizar de la pensión compensatoria no puede introducirse por primera vez con ocasión de interponer el recurso de casación. En el caso debatido se dan las circunstancias para fijar una pensión compensatoria sin limitación temporal pues después de más de 26 años de matrimonio la esposa cuenta con 50 años, siempre se ha dedicado a la casa y no tiene posibilidades de acceso a un empleo lo que contrasta con los importantes ingresos que obtiene el marido.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2011</i>	104
Procedimientos de menores	108
Debe distinguirse entre el mero riesgo de desamparo y el desamparo real porque las medidas a tomar en cada caso son distintas, y en el presente caso la situación de desamparo no ha llegado a materializarse dado que los padres no han tenido la oportunidad de cuidar a su hijo y, si bien la madre se encuentra en manifiesta incapacidad para hacerlo, no ocurre lo mismo con el padre, por lo que procede dejar sin efecto la resolución administrativa.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2011</i>	108
Regímenes económicos matrimoniales	112
El esposo tiene legitimación para solicitar la división de un bien ganancial que pertenece en pro indiviso también a terceras personas aun cuando no esté liquidada la sociedad de gananciales siempre que la esposa sea demandada en el procedimiento.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2011</i>	112
Nulidad de la transmisión de patrimonio ganancial a otra sociedad de la que el esposo es socio, mediante la aportación en especie a su constitución como sociedad y mediante un contrato de compraventa, con defraudación de los derechos de la esposa, aplicando la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas que trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno o burlar los derechos de los demás.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de marzo de 2011</i>	114
Uniones de hecho	120
Aunque se declara que el inmueble pertenece en pro indiviso a ambos integrantes de la pareja de hecho, se reconoce un crédito a favor del varón por la mayor aporte	

	Página
tación económica que hizo para su compra, pues no se ha acreditado que existiese donación.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2011</i>	120
División de cosa común	123
Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en un procedimiento de división de cosa común, con retroacción de lo actuado, a fin de que se admitan como prueba los documentos firmados por ambos litigantes y por el mediador en el proceso de ruptura matrimonial, pues su aportación no vulnera ningún derecho fundamental ni es prueba ilícita.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2011</i>	123
Derecho al honor y a la intimidad	125
Se considera una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen publicar unas fotos de una boda sin el consentimiento de los contrayentes, pues aunque él goce de pública celebridad mantiene un determinado ámbito de su vida como privado.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2010</i>	125
Se absuelve a una cadena de televisión y a una productora al no vulnerar el derecho al honor de una señora, en el debate y concurso organizados y realizados por ambas el 2 de diciembre de 2004 en el programa «A la carta» cuyo tema era «¿Se ha casado Mariola con Vicente por dinero?».	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2011</i>	132
La inclusión dentro del informe psicológico emitido en un procedimiento de familia de referencias a distintas patologías del padre no vulnera su derecho al honor ya que la intervención pericial de la psicóloga dota al informe de un interés público y general, especialmente cuando se van a tomar decisiones que comprometen directamente los intereses de menores al hallarse involucrados en la crisis matrimonial de sus padres.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2011</i>	138
Sucesiones	143
Se condena a las herederas a abonar a los legatarios la diferencia entre el precio real de venta de la finca objeto del legado y el que se hizo constar en la escritura pública al considerarse que existió simulación.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2011</i>	143
Cuestiones penales	149
En la pena de privación de la patria potestad, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar su aplicación. Por esa razón es necesario exigir una prueba —pericial o de otro tipo— a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor.	

En consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010 149

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 152

Patria potestad 152

No se declara la responsabilidad del Centro escolar y sí la de los padres de los menores que vejaron y acosaron a otro menor que terminó suicidándose, fundándose dicha responsabilidad en que la estructura familiar de los menores fue insuficiente para servir de marco de contención e inadecuado para transmitir mensajes de responsabilización de los menores por la conducta realizada.

TSJ País Vasco, Sentencia de 8 de febrero de 2011 152

Alimentos 158

Se estima el recurso por infracción procesal y casación toda vez que, aunque los hijos conviven con la madre, la pensión alimenticia que abona el padre debe comprender un capítulo para el pago de los conceptos básicos como luz, gas, etc., y según el nivel de vida otros servicios, no pudiendo incluirse dichos conceptos dentro de la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa que tiene otras funciones diferentes.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011 158

Vivienda familiar 161

Nulidad de la hipoteca constituida por el esposo sobre la vivienda familiar para garantizar un préstamo de un hijo fruto de un matrimonio anterior, al no constar el consentimiento del cónyuge no titular.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 28 de febrero de 2011 161

Pensión compensatoria 166

Aunque el ex esposo ha pasado a la situación de jubilado no se modifica la pensión compensatoria habida cuenta que percibió una indemnización de 300.000 euros, ha rescatado unos planes de pensiones y tiene otros ingresos no controlados.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 17 de enero de 2011 166

Teniendo en cuenta que la ex esposa cuenta con 48 años, un aceptable estado de salud y que se le ha concedido una compensación por la extinción del régimen de separación de bienes de 600.000 euros, procede fijar una limitación temporal de ocho años a la pensión compensatoria.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011 168

Regímenes económicos matrimoniales 170

No puede tenerse por acreditado que todo el patrimonio que adquirió el esposo durante los veinte años de matrimonio fueron simples reinversiones por la venta

	Página
de otros bienes que ya le pertenecían antes de contraerlo, y por ello se considera correcta la cuantía de la compensación por la extinción del régimen de separación de bienes.	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011</i>	170
AUDIENCIAS PROVINCIALES	172
Separación, divorcio y nulidad	172
Se decreta la nulidad del matrimonio a instancia del Ministerio Fiscal pues no existió consentimiento, no han convivido en ningún momento haciendo vida completamente independiente. El hecho de que el matrimonio se haya celebrado con apariencia de formalidad y cumpliendo las prevenciones legales no impide, si se acredita la falta del consentimiento, que se declare su nulidad.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de enero de 2011</i>	172
Patria potestad	173
Se mantiene la decisión de cambio de centro escolar adoptada por la madre tras acreditarse por la prueba practicada los beneficios de dicho cambio.	
<i>AP Salamanca, Sec. 1.ª, Auto de 14 de febrero de 2011</i>	173
Consta incluso por propio reconocimiento del progenitor que no ha cumplido el régimen de visitas ni ha abonado la pensión alimenticia que fue fijada, si bien dichos incumplimientos no son suficientes para la privación de la patria potestad, ya que es preciso que se detecte una conducta perjudicial, grave y peligrosa para los hijos.	
<i>AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de enero de 2011</i>	175
Guarda y custodia	176
Se elimina del pronunciamiento sobre la atribución de la custodia a la madre que está deba permanecer en Valladolid, dado que con anterioridad ambos progenitores entendieron que era una experiencia enriquecedora para la hija que pudiese trasladarse junto a su madre a los Estados Unidos donde ésta va a retomar su actividad laboral.	
<i>AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011</i>	176
No se accede al cambio de custodia ya que en la demanda a lo único que alude el padre es a la unilateral y gratuita decisión de la madre de variar el domicilio, fijándolo en población distante, sin más que una general referencia a publicaciones aportadas de estudios psicológicos sobre los posibles perjuicios que ello tenga en la relación paterno-filial.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2011</i>	177
Custodia compartida cada dos semanas al acreditarse la vinculación que ambos padres tienen con la menor de siete años, habiendo constatado el equipo psicosocial que los dos están en condiciones de asumir la guarda.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2011</i>	178

No es obstáculo para acordar la custodia compartida por semanas la existencia de un hijo fruto de otra relación anterior de la madre, pues el artículo 92 del CC sólo contiene una recomendación en este sentido.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2011 180

Se mantiene la custodia paterna pues la madre no ha probado que reúna unas condiciones y entorno más apto para ofrecer estabilidad en el desarrollo integral de los dos menores.

AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2011 184

Aunque la demanda solicitando el cambio de custodia se presenta tan sólo pasados siete meses desde el dictado de la sentencia de divorcio, el deseo de los hijos de vivir con el padre y el desapego emocional con la madre justifican el cambio de custodia.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011 185

El apoyo de los abuelos paternos en el cuidado de la menor de 4 años es un elemento importante para atribuir la custodia al padre.

AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011 186

Régimen de visitas 187

No pueden concederse visitas el día de Reyes por los continuos enfrentamientos entre los padres. Además pueden organizarse para que sus hijos reciban los regalos cuando estén en su compañía al disponer tradicionalmente de dos fechas para la entrega de regalos.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2011 187

La pretensión de la madre de que la entrega y recogida del menor sea en el punto de encuentro es un intento más de judicialización de la vida familiar olvidando que los progenitores deben realizar todos los esfuerzos posibles para conseguir y mantener el equilibrio emocional y afectivo del hijo, máxime cuando el régimen de visitas comenzará recogiendo el padre al menor a la salida del colegio.

AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011 188

En atención a la falta de relación de los abuelos con la nieta sólo se fija una comunicación telefónica.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011 188

Se impone a la madre la obligación de entregar y recoger a los menores al inicio y fin de los contactos, en el aeropuerto de Málaga cuando así lo requiera el padre, y la de sufragar los costes de los billetes de viaje de los menores en un fin de semana al mes y en todos los períodos vacacionales en que viene prevista en el régimen de visitas la estancia de los niños con el padre, ya que si la madre varió de domicilio por suponerle ello ventajas económicas y laborales, y disponiendo de recursos suficientes, bien puede asumir los costes que nos ocupan sin grandes sacrificios.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2011 189

El régimen intersemanal de visitas debe permitir al menor realizar las actividades extraescolares deportivas y formativas (inglés) que tiene programadas en los días en

	Página
que aquél se ejerza, pues de no realizarse aquéllas con regularidad podrá entenderse que la actuación del progenitor no custodio no lo es en beneficio e interés del menor y podrá acordarse una modificación de la medida.	
<i>AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2011</i>	190
La tensa situación aconseja la suspensión del régimen de visitas del padre con su hija de 14 años, pero sometiendo a ambos a tratamiento con la finalidad de recuperar la relación paterno-filial.	
<i>AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011</i>	191
Las visitas tendrán lugar en España de suerte que será la madre quien deberá preavisar al padre al menos con 72 horas de antelación de los vuelos concretos en los que se desplazará a Sevilla, donde reside en la actualidad el padre. Los gastos que se ocasionen en el ejercicio del régimen de visitas serán satisfechos en su integridad por la madre por cuanto ha sido la que con su comportamiento ha motivado la necesidad de modificar el régimen preexistente.	
<i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011</i>	193
Vivienda familiar	194
Es abusiva la petición de la esposa de que se atribuya a ambos esposos el uso de la segunda vivienda que actualmente es ocupada por el esposo dado que es prioritario garantizar a ambos esposos una primera residencia.	
<i>AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011</i>	194
Los beneficiarios de la atribución del uso son en la actualidad mayores de edad y totalmente independientes de sus progenitores, debiendo tenerse en cuenta que se trata de una vivienda adjudicada en arrendamiento especial y en exclusiva por su condición de militar al esposo, por lo que se deja sin efecto la atribución acordada en la sentencia de separación.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011</i>	195
Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por la madre contra las dos hijas mayores para que abandonen el domicilio que aquélla ocupa en virtud de un contrato de arrendamiento.	
<i>AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011</i>	196
No puede declararse extinguido el uso de la vivienda que se acordó vitalicio pues se estableció como compensación del artículo 1438 del CC y no como pensión compensatoria, por lo que no resultan de aplicación las causas de extinción del artículo 100 del CC.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2011</i>	198
Habiéndose otorgado la custodia compartida se atribuye el uso de la vivienda familiar durante 15 meses a la madre, debiendo posteriormente procederse a la venta del inmueble, utilizándose hasta entonces de forma alternativa por ambos cónyuges.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2011</i>	200

La vivienda se compró y restauró pensando en ser dedicada a futuro domicilio de la familia y por ello, aunque nunca haya constituido el domicilio familiar, se atribuye su uso a la madre y al hijo, debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, que cuando aquéllos se trasladaron a vivir a ella existió un consentimiento tácito en su ocupación por parte del padre.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2011 202

Pensión alimenticia 204

En cuanto al carné de conducir, tiene el carácter de extraordinario, al ser un gasto totalmente necesario en los tiempos actuales.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 28 de febrero de 2011 204

Debe aumentarse la cuantía de la pensión alimenticia al verse privados el hijo y la madre del uso de la vivienda familiar tras su enajenación al no poder satisfacer los cónyuges el pago de la hipoteca.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2011 205

La pensión de alimentos no tiene por objeto el ahorro de una determinada cantidad por parte del hijo y no vincula en su fijación la pensión que pueda estar recibiendo otro hijo del padre pues se fijó en un procedimiento de mutuo acuerdo el cual, obviamente, en modo alguno vincula para el caso de autos.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2011 206

Existe un reparto no equivalente de los tiempos de permanencia de los hijos con cada progenitor y media una notoria y notable desproporción entre los recursos económicos de uno y otra, por lo que resulta procedente el establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2011 208

Pensión compensatoria 209

La atribución de la custodia compartida y la circunstancia de que el uso de la vivienda familiar se otorga a la esposa, así como el hecho de que el esposo tenga que abonar una pensión alimenticia, justifica la no fijación de pensión compensatoria.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011 209

Si la esposa regenta una peluquería y tiene una empleada que gana 1.000 euros mensuales, ella no puede alegar que sólo percibe 300 euros, por lo que no se considera que exista desequilibrio económico en relación con el esposo que percibe una pensión de jubilación de 1.584 euros.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011 209

Aun dando por acreditada la pernocta de un tercero en el domicilio familiar, procede fijar pensión compensatoria dado que el seguimiento realizado por el detective ha sido en un breve espacio de tiempo.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2011 210

	Página
Al acreditarse que los negocios que regenta el marido son deficitarios con numerosas deudas que han motivado el embargo de los bienes gananciales no procede fijar pensión compensatoria.	
<i>AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011</i>	210
Convenio regulador	212
La competencia para el conocimiento de la acción de nulidad del convenio regulador la tiene el mismo Juzgado de Familia que lo aprobó.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 3.ª, Auto de 17 de febrero de 2011</i>	212
No ha acreditado el actor la falta de consentimiento en el momento de la suscripción del convenio regulador y por tanto no procede declarar la nulidad.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011</i>	213
Estando asesorado por letrado el ex esposo en el momento de la firma del convenio regulador no se considera que haya existido error, dolo o intimidación.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011</i>	214
Cuestiones procesales	216
La circunstancia de que en su día el Juzgado de Violencia pudiese tramitar un procedimiento de separación o de divorcio no implica que el posterior procedimiento de modificación de medidas deba sustanciarse ante éste, sino que será repartido al Juzgado de Familia que por turno le corresponda.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011</i>	216
No pueden plantearse por vía del artículo 158 del CC cuestiones que pueden y deben analizarse en un proceso contradictorio, con prueba sobre las pretensiones que se articulan y con pleno conocimiento de la verdadera situación para resolver de forma adecuada sobre la pretensión.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 24 de febrero de 2011</i>	217
Se inadmite a trámite la demanda interpuesta por una persona frente a sus dos hermanos en solicitud de alimentos para la madre, que en la actualidad no se halla incapacitada judicialmente.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 23 de febrero de 2011</i>	217
La posible dificultad para obtener una certificación de matrimonio en el país extranjero motiva la inadmisión de la demanda de divorcio pues la prueba de la existencia del matrimonio es la propia certificación.	
<i>AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 21 de febrero de 2011</i>	218
Se deniegan las litis expensas pues la esposa no ha acreditado haber solicitado la obtención del beneficio de justicia gratuita y que éste le fue denegado por causa imputable exclusivamente a la posición económica del otro cónyuge.	
<i>AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2011</i>	219

	Página
Ejecución de sentencia	220
Los alimentos deben ser abonados por el progenitor obligado desde la fecha en que suscribió el convenio regulador y no desde la fecha de la demanda.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 28 de febrero de 2011</i>	220
Aunque se estima parcialmente la oposición, se condena en costas al ejecutado pues la reducción de la deuda ha sido de poca importancia.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 28 de febrero de 2011</i>	220
No puede considerarse que los ingresos que aparecen en efectivo en la cuenta bancaria de la madre se correspondan con entregas en metálico del importe de las pensiones por parte del padre.	
<i>AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 25 de febrero de 2011</i>	221
Al padre le fue detraído de su pensión mensual, en virtud de retención judicial, el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a un período en el que judicialmente se declaró inexistente la obligación. Es evidente que se ha generado un pago a todas luces indebido, con el consiguiente enriquecimiento injusto de la contraparte, gestora de las pensiones, por lo que no cabe hablar de cantidades consumidas, resultando por ende procedente el reintegro.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 24 de febrero de 2011</i>	222
Se estima la oposición a la ejecución, pues estando residiendo la hija con los abuelos paternos con el consentimiento de ambos progenitores, no puede la madre reclamar al padre la pensión alimenticia fijada en la sentencia de divorcio.	
<i>AP León, Sec. 2.ª, Auto de 24 de febrero de 2011</i>	223
Regímenes económicos	224
Las obras realizadas por el esposo en la vivienda familiar han servido para incrementar el valor actual del inmueble y por ello debe incluirse un reintegro a su favor en el pasivo de la sociedad, sin que sea aplicable a esta reclamación la prescripción del artículo 1966 del CC.	
<i>AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011</i>	224
Crédito a favor del esposo de las cantidades que abonó en concepto de IBI a pesar de que él fue usuario del inmueble.	
<i>AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011</i>	225
Los gastos de comunidad son a cargo de los propietarios de la vivienda por lo que, abonados en exclusiva por el esposo, procede su reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.	
<i>AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011</i>	226
No se puede considerar disuelta la sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho pues ésta es incierta y se han alternado períodos de ruptura con reconciliaciones y además ambos han ido abonando por mitad las cargas del matrimonio.	
<i>AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011</i>	226

	Página
Las facturas de compra de materiales no justifican por sí solas la realización de las obras en la vivienda ganancial.	
<i>AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011</i>	228
Procedimientos de menores	230
No puede alegar el padre para oponerse a la declaración de desamparo su desconocimiento de la situación en que vivía su hija al existir una orden de alejamiento cuando sobradamente conocía las circunstancias físicas y psíquicas que afectaban a la madre biológica.	
<i>AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011</i>	230
Se nombra a la abuela paterna del menor defensora judicial y administradora de parte de los bienes cuyo padre falleció, pudiendo seguir ejerciendo la madre las funciones de la patria potestad y la administración del resto de bienes que pertenecen al menor.	
<i>AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2011</i>	230
Se declara a los padres incurso en causa legal para tal privación, pues durante todo este tiempo no se observó en ellos una voluntad de mejora ni pruebas objetivas que garantizaran la deshabituación del alcohol por parte de la madre ni intentos de buscar trabajo por uno y otro que garantizaran una mínima estabilidad económica con la que hacer frente a sus responsabilidades parentales.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2011</i>	234
Concurre el supuesto fáctico que describe el artículo 239.2 del Código Civil que de modo excepcional permite la constitución de la tutela ordinaria, con suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte del padre.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 25 de enero de 2011</i>	235
Filiación	236
En la sentencia de filiación el Juez debe imponer el orden legal en los apellidos sin perjuicio del posterior cambio por vía de expediente en el Registro Civil.	
<i>AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011</i>	236
Se estima la demanda de reclamación de paternidad en base al abundante material fotográfico aportado en el que aparece el demandante junto a la madre biológica y su hijo en la clínica maternal después del parto y en otra instantánea con el niño en brazos. Obtenidas las fotos en un momento clave en la vida del menor, sólo se explican por una íntima y profunda relación con el nacimiento de la criatura.	
<i>AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de enero de 2011</i>	237
Uniones de hecho	238
Si el propio actor menciona en la demanda que existe una sentencia dictada en Colombia, tanto si pretende su conformación o modificación, debe solicitar el exequátur, por lo que procede inadmitir a trámite la demanda de fijación de medidas de hijos extramatrimoniales.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 28 de febrero de 2011</i>	238

No se reconoce derecho indemnizatorio alguno tras finalizar la relación de pareja de hecho dado que la situación patrimonial de ambos convivientes es semejante, debiendo tenerse en cuenta además que los hijos de la conviviente fueron atendidos con los ingresos de ambos. Por otro lado, tampoco ha existido pérdida de oportunidades en la actora y los ingresos del conviviente se verán pronto reducidos como consecuencia de la jubilación.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2011 238

Los juzgados y tribunales españoles no son competentes para tramitar la demanda de fijación de medidas paterno-filiales al ser de aplicación el Reglamento comunitario 2201/2003 y tener los menores su residencia en Francia, no pudiendo considerarse que el certificado de empadronamiento sea prueba de la residencia cuando los menores acuden regularmente a un colegio francés.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 21 de febrero de 2011 241

Sucesiones 243

La falta de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento debe quedar acreditada con rotundidad y creemos que la historia clínica, los informes médicos de febrero y marzo de 2008 y una pericial realizada sobre éstos, por quien ni siquiera conoció a la persona objeto de la pericia, no cumplen con la exigencia requerida para destruir la presunción de capacidad. La duda que sobre ello pudiera albergar el tribunal, sólo puede resolverse en contra de la falta de capacidad y a favor de la plena capacidad del testador (artículo 217 LEC) quien otorgó un testamento favoreciendo al hijo que les había cuidado a él y a su esposa durante los últimos años de su vida.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011 243

La licencia de taxi que transmitió el padre a uno de los hijos debe ser colacionada y valorada en la partición de la herencia.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de febrero de 2011 245

Cuestiones penales 246

No es tarea de la acusación demostrar que el imputado puede en cada período y momento a considerar hacer frente a la prestación impuesta en la sentencia matrimonial. El tipo delictivo no criminaliza el incumplimiento de una obligación civil; el delito sólo se perfecciona si se omite el comportamiento debido pudiendo hacerlo que es, claramente, lo sucedido en el supuesto de autos.

AP A Coruña, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011 246

Iniciándose la presente causa en virtud de denuncia interpuesta por un delito de apropiación indebida y/o hurto frente a una persona con la que el denunciante aún mantenía vínculo matrimonial en el momento de la comisión de los hechos, ya que el procedimiento de divorcio se encontraba en trámite cuando se formuló la denuncia, resulta obligado concluir que el denunciante, *ex* artículo 103.1.º de la LECrim, carece de acción penal contra la denunciada.

AP Baleares, Sec. 1.ª, Auto de 24 de enero de 2011 247

	Página
Otras cuestiones	249
La indemnización solicitada por el padre a la madre por el daño moral causado por el incumplimiento del régimen de visitas no puede resolverse por los trámites de ejecución de sentencia, debiendo presentarse en un caso una demanda declarativa.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 1 de febrero de 2011</i>	249
JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA	252
Patria potestad	252
Se condena a un centro escolar a abonar a un alumno 40.000 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el acoso escolar (<i>bullying</i>) de otros compañeros de clase ante la actitud pasiva del centro que no impidió el rechazable comportamiento de los alumnos a pesar de conocer el problema.	
<i>Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, Sentencia de 25 de marzo de 2011</i>	252
Cuestiones procesales	264
Se admite la recusación de los integrantes del equipo psicosocial adscritos al Juzgado de Familia al haber emitido en otro procedimiento un informe no apoyando la custodia compartida, que es la pretensión del actor en el presente litigio.	
<i>Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, Auto de 18 de julio de 2011</i> ..	264

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Vivienda familiar	269
Se revoca la nota de calificación de la registradora toda vez que al haberse acordado por la Audiencia Provincial la atribución del uso de la vivienda por cinco años, no puede aquélla integrar la configuración del derecho de uso en base al contenido de un fundamento jurídico del que parece deducirse que la extinción del derecho está condicionada a que no exista deuda por pensiones compensatorias.	
<i>DGRN, Resolución de 1 de marzo de 2011</i>	269
Cuestiones procesales	270
Se deniega la inscripción de un mandamiento de anotación de embargo expedido en un procedimiento ejecutivo que se dirige contra la herencia yacente, sin haber dirigido el procedimiento contra persona determinada alguna en su condición de eventual heredero, siendo necesario en estos casos el nombramiento de un administrador de la herencia yacente.	
<i>DGRN, Resolución de 10 de enero de 2011</i>	270

	Página
Menores	272
No se precisa autorización judicial para la inscripción de una escritura pública de compraventa por la que se transmite una finca urbana a una menor de edad, representada por su tutora, con pago del precio pactado que se recibe íntegramente en el mismo acto por el vendedor.	
<i>DGRN, Resolución de 17 de enero de 2011</i>	272

Sucesiones	277
No cabe denegar la inscripción de una escritura de transmisión de una participación indivisa de una finca sujeta a fideicomiso de residuo, ya que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que está al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación.	
<i>DGRN, Resolución de 22 de marzo de 2011</i>	277

SECCIÓN PRÁCTICA

RÉGIMEN DE LOS GASTOS GENERADOS POR LA PROPIEDAD Y POSESIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR	281
CASOS PRÁCTICOS	285

TRIBUNA ABIERTA

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y LAS MALAS RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES	
<i>Aurelia María Romero Coloma</i>	293

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS	299
------------------------	-----

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad	305
Guarda y custodia	305
Régimen de visitas	306
Vivienda y ajuar familiar	307

	<u>Página</u>
Pensión alimenticia	308
Pensión compensatoria	309
Cuestiones procesales	311
Ejecución de sentencias	312
Convenio regulador	313
Regímenes económicos matrimoniales	313
Procedimientos de menores	315
Filiación	316
Uniones de hecho	316
Sucesiones	317
Cuestiones penales	317
Otras cuestiones	318

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL NUEVO INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTOS EXTRAORDINARIOS. REPERCUSIONES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN FORZOSA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 13/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

ANA DOLORES SÁNCHEZ LÓPEZ

Secretario Judicial

Juzgado de Primera Instancia Tres y Registro Civil, Fuengirola (Málaga)

Profesor-Tutor en Curso de Experto en Derecho de Familia

(UNIA en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga)

Amigo de la Asociación Española de Abogados de Familia 2009

RESUMEN

El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Aspectos sustantivos y procesales

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la legislación procesal para adaptarla a la nueva oficina judicial ha incidido en la regulación de la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios, partiendo de la distinción entre aquellos que están determinados en el título ejecutivo y aquellos que no lo están, disponiéndose en la nueva regla 4.^a del art. 776 LEC la tramitación de un incidente declarativo previo al proceso de ejecución forzosa dineraria en el segundo caso, para declaración de gasto extraordinario, sin cuya declaración no podrá acordarse el despacho de ejecución, atendida la indeterminación del concepto. La nueva disposición, en vigor desde el pasado 4 de mayo de 2010, suscita numerosas cuestiones de índole procesal, y no sólo repercute en la tramitación del incidente de declaración de gasto extraordinario, sino también en el ulterior proceso de ejecución forzosa dineraria por dicho concepto. La reforma procesal obliga a reconsiderar la tramitación judicial del proceso de ejecución forzosa de gastos extraordinarios y el tratamiento de cuantas cuestiones sustantivas y procesales resultan afectadas en él, atendidas la gran variedad de situaciones prácticas que pueden plantearse y las soluciones jurisprudenciales que en este campo del Derecho de Familia se vienen revelando en los últimos años, con referencia, igualmente, a la regulación foral en la materia.

ABSTRACT

The new procedural issue of extraordinary expenses declaration. Repercussion in the process of specific performance further to the issue of the Law 13/2.009 of november 3rd. Fundamental and procedural aspects

The Law 13/2009 of November 3rd which modifies the procedural legislation in order to adapt it to the new court office has affected the enforcement order regulation of extraordinary expenses, taking into account the distinction between those that are determined in the enforcement order and those that are not, establishing them in the new regulation 4 of the art. 776 LEC, the procedure of a procedural issue previous to the monetary compulsory enforcement order in the second case, for extraordinary expense declaration, without which it will not be possible to carry out the enforcement order, once the indeterminate of the concept has been dealt with. The new provision, effective from May 4th 2010, raises numerous issues of procedural nature, and it doesn't only affects the procedure of the procedural issue of extraordinary expenses declaration, but also in the ulterior process of monetary compulsory enforcement order for this concept. The procedural amendment forces to reconsider the proceedings of the compulsory enforcement order of extraordinary expenses, and the handling of any substantive and procedural issue affected in it, taking into account the so many practical situations that could arise, and the law case solutions that have turned out in this field of Family Law in the last years, with reference at the same time, to the regional law on the subject.

Palabras clave: Gastos extraordinarios determinados y gastos extraordinarios no determinados expresamente; art. 776.4.ª LEC; incidente de declaración de gastos extraordinarios; presupuestos sustantivos y procesales de la declaración de gasto extraordinario; título ejecutivo; proceso de ejecución forzosa dineraria; gastos extraordinarios urgentes y no urgentes; acuerdo sobre necesidad del gasto extraordinario.

Key words: fixed extraordinary expenses and expressly non-fixed extraordinary expenses; art. 776. 4th LEC; procedural issue of extraordinary expenses declaration; substantive and procedural pre-requisites of the extraordinary expenses declaration; enforcement order; monetary compulsory enforcement order; urgent and not urgent extraordinary expenses; agreement about the necessity of the extraordinary expense.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO, REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS.
- III. EL NUEVO INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTO EXTRAORDINARIO DEL ART. 776.4.ª LEC. PRESUPUESTOS PROCESALES.
 1. El incidente declarativo en el supuesto de recurso contra la sentencia de medidas definitivas.
 2. Necesidad de postulación técnica y de dirección letrada.
 3. Competencia para tramitar el incidente del art. 776.4.ª LEC.
 4. Legitimación, Intervención del Ministerio Fiscal y Audiencia del Hijo menor.
 5. Especial referencia a la prescripción de la acción declarativa incidental.
- IV. LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTOS EXTRAORDINARIOS.
 1. Consecuencias de la ausencia de referencias a los gastos extraordinarios.
 2. La solicitud, como inicio del incidente de declaración de gasto extraordinario del art. 776.4.ª LEC.
 3. En caso de que el demandado no se oponga expresamente.
 4. Requisitos y trámite procesal en caso de oposición del demandado.
 5. Tratamiento jurisprudencial de las causas más frecuentes de oposición a la declaración de gasto extraordinario.
- V. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS, PROPIAMENTE DICHA.
 1. Requisitos procesales. Demanda ejecutiva. Acumulación de ejecuciones.
 2. Supuestos especiales de oposición a la ejecución. Especial referencia a la falta de acuerdo sobre la realización del gasto extraordinario.
 - A) El acuerdo o comunicación previa entre los progenitores sobre la realización del gasto extraordinario. Más que una deseable práctica.
 - B) Forma que ha de revestir el acuerdo sobre el gasto extraordinario. ¿Basta la mera comunicación de la necesidad?

VI. EL PROCEDIMIENTO DEL ART. 156 CC ANTE LA FALTA DE ACUERDO SOBRE GASTOS NO URGENTES.

VII. LA REGULACIÓN FORAL DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS.

1. Los gastos extraordinarios en la legislación foral aragonesa.
2. Los gastos extraordinarios en la legislación foral valenciana.
3. Los gastos extraordinarios en la legislación foral catalana.

VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la **Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero**, y hasta la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, operada por la **Ley 13/ 2009, de 3 de noviembre**⁽¹⁾, en materia de ejecución forzosa de los gastos extraordinarios no previstos expresamente en el título ejecutivo, se había consolidado doctrinal⁽²⁾ y jurisprudencialmente como cauce procesal adecuado para la exacción forzosa de aquéllos el incidente de liquidación regulado en el Capítulo IV, Título V, Libro III, arts. 712 a 716 LEC.

Tras la entrada en vigor el pasado 4 de mayo de 2010⁽³⁾ de la Ley 13/ 2009, ha de estarse al tenor de la **nueva regla 4.ª del art. 776 LEC**, conforme a la cual:

«Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los arts. 440 y siguientes y que resolverá mediante auto».

En la actualidad, por tanto, y conforme a la **Disposición Transitoria Primera**⁽⁴⁾ de la citada Ley de reforma, ha de entenderse que para la ejecución forzosa del gasto sufragado por uno solo de los progenitores, que éste considera de naturaleza extraordinaria, y por ello,

(1) Publicada en BOE de fecha 4 de noviembre de 2009.

(2) Así se había consensuado en el **Encuentro celebrado en 2003** entre Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, **conclusión definitiva 74.ª b)**, así como en el **Encuentro de la misma clase celebrado en 2008, conclusiones de mesas 2.ª y 4.ª**.

(3) A tenor de la **Disposición Final Tercera**.

(4) Pues sólo los procesos de declaración que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la Reforma, se continuarán sustanciando conforme a la legislación procesal anterior hasta que recaiga sentencia, de lo que ha de inferirse, *a sensu contrario*, que, concluida la fase declarativa del pleito matrimonial, las actuaciones ulteriores, ejecutivas o incidentales de naturaleza no ejecutiva se regirán por los postulados de la reforma.

no incluido en el *quantum* para cuya atención ha sido prevista la pensión alimenticia, **será condición objetiva de procedibilidad** que antes de la presentación de la demanda ejecutiva por aquéllos, se haya obtenido la declaración judicial de que dicho gasto es efectivamente extraordinario, si no había sido previsto expresamente como tal en el título ejecutivo, pues, si lo fue, dicha declaración ya viene contenida en la sentencia o auto de medidas, que obliga a ambos progenitores a contribuir a los mismos, gozando dichos títulos, por tanto, del privilegio ejecutivo conforme a los dictados del **art. 517.2.1.º y 3.º LEC**.

La pretendida simplicidad de la reforma en materia de ejecución forzosa de los gastos extraordinarios no previstos expresamente en la sentencia o auto recaídos en el pleito matrimonial o de medidas en relación con los hijos menores, no es tal, obligando, por el contrario, al práctico del Derecho, a realizar ciertas consideraciones, sustantivas y procesales, a fin de clarificar los presupuestos de esta naturaleza que constituyen las condiciones necesarias para el buen fin de la demanda ejecutiva y, en su caso, de la oposición a ella.

El objeto de este trabajo no pretende ser otro que aportar un instrumento útil y clarificador a los fines expuestos.

II. CONCEPTO, REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

Definir qué es un gasto extraordinario en relación con los hijos comunes no es tarea fácil, y muestra de ello es la profusa casuística en la materia, principalmente recaída cuando se trata de resolver la oposición suscitada frente a la petición de ejecución forzosa de aquéllos.

Como señala BARRAL DÍAZ⁽⁵⁾, «... lo cierto es que el concepto “gastos extraordinarios” es desconocido para nuestro Código Civil en sede de alimentos; y también, en general, en las restantes materias (...) Si atendemos a las numerosas declaraciones hechas por las Audiencias Provinciales al respecto, podemos señalar que los alimentos o gastos extraordinarios son todos aquellos que, participando de su carácter necesario (veremos, incluso, cómo este requisito no siempre se exige, cuando menos en la literalidad del término) y refiriéndose a la obligación de alimentar a los hijos por parte de los progenitores, son imprevisibles o inhabituales...».

Es decir, como **criterio general**, serán gastos extraordinarios aquellos que en relación con los sufragados o precisados de realizar en relación con los hijos «... no son periódicos ni previsibles (AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 15 de enero de 2008), precisan de determinación y objetivación en cada momento y para cada supuesto concreto, por lo que el

(5) BARRAL DÍAZ, J.M., Magistrado-Presidente de la Secc. 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, con cita de SSAP Asturias, Secc. 4.ª, de 18 de marzo de 2009; Secc. 6.ª, de 1 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009; Córdoba, de 12 de abril de 2007; La Coruña, de 12 de febrero de 2007; Madrid, de 17 de julio de 2008; *op.*: «De los llamados gastos extraordinarios», Conferencia pronunciada en el Curso de Formación Continua del CGPJ, Madrid, 20 de octubre de 2009, págs. 3 y 4.

progenitor habrá de requerir del otro su consentimiento para la asunción de tales gastos extraordinarios, salvo imposibilidad manifiesta y acreditada...»⁽⁶⁾.

El origen de las discrepancias entre los progenitores sobre qué son gastos extraordinarios no proviene solamente de la ausencia de definición legal de aquéllos. Las confusiones se inician con frecuencia mucho antes, y suelen derivar de la falta de rigor imputable a los convenios reguladores y a las resoluciones judiciales en la precisión de los actos que los progenitores pueden realizar respecto del hijo común, individualmente, y de cuáles requieren de una decisión conjunta o, en defecto de consenso, de decisión judicial. Afirmar acertadamente **PÉREZ-SALAZAR RESANO**⁽⁷⁾ que en el día a día, tras la separación, divorcio o ruptura de pareja de hecho «... los juzgados asistimos a una realidad y es que el progenitor custodio toma, a partir de ese momento, la mayoría de las decisiones respecto a su hijo y lo hace en la creencia de que es lo normal, ya que tiene la custodia. Pero es que además, la confusión se ha ido extendiendo también a instituciones como colegios o centros de salud, perdiendo el no custodio el derecho a toda información sobre su hijo (...) La primera labor por tanto es realizar una labor esclarecedora ante la guarda y la patria potestad...». Por esta razón, creemos necesario abordar más adelante el tema de la resolución de las discrepancias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, y en relación a los gastos extraordinarios a favor de los hijos.

Si bien es cierto que los gastos extraordinarios en relación con los hijos pueden ser los **urgentes**, y aun no revistiendo carácter de urgencia, participarán de la naturaleza de extraordinarios los no incluidos en la pensión alimenticia siempre que sean **necesarios** y hasta los **suntuarios**, atendidas las circunstancias de cada caso y familia concretos, la jurisprudencia viene considerando las notas de **imprevisibilidad y de falta de periodicidad** como caracteres ineludibles para poder catalogar a un gasto de extraordinario o no⁽⁸⁾, conllevando estas circunstancias la imposibilidad de prever de antemano, en la litis matrimonial, todos los desembolsos que en el futuro han de realizarse en relación a los hijos, lo que no significa que dicha falta de previsión ampare a los progenitores en su pretensión de sustraerse a su satisfacción, pues aquéllos «... están vinculados a las necesidades que deben cubrirse económicamente de modo ineludible en el cuidado, desarrollo y formación,

(6) SÁNCHEZ LOPEZ, A.D., *op.*: «Aspectos prácticos de la ejecución en los procesos matrimoniales. Gastos Extraordinarios, régimen de visitas y ejecución del convenio regulador. 2.ª parte»; pág. 30. Material correspondiente al Tema 7, *Curso de Experto en Derecho de Familia 2010/2011*, Universidad Internacional de Andalucía —UNIA— en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

(7) PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., *op.*: «Alcance del ejercicio conjunto de la patria potestad. Discrepancias en su ejercicio», Conferencia pronunciada en XIII Jornadas de Derecho de Familia, organizadas por la Delegación del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, en colaboración con AEFA, Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2008, editada por Enfoque XXI, págs. 1 y 2.

(8) **Entre muchas**, AAP Badajoz, de 28 de septiembre de 2001; SAP Castellón, de 3 de julio de 2001; SAP Las Palmas, Secc. 3.ª, de 15 de junio de 2004; SAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 20 de octubre de 2004; SAP Madrid, Secc. 22.ª, de 5 de septiembre de 2005; AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 25 de abril de 2008; SAP Lugo, Secc. 1.ª, de 3 de julio de 2009; SSAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 15 de enero y 3 de julio de 2008; SAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 9 de julio de 2009; SAP León, Secc. 2.ª, de 17 de diciembre de 2010; AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 19 de octubre de 2010; AAP Asturias, Secc. 6.ª, de 1 de diciembre de 2008; AAP Asturias, Secc. 5.ª, de 18 de marzo de 2009; SAP Málaga, Secc. 6.ª, de 18 de diciembre de 2009; SAP Burgos, Secc. 2.ª, de 9 de marzo de 2010; SAP A Coruña, Secc. 3.ª, de 26 de noviembre de 2010.

en todos los órdenes de los hijos, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que obviamente puede prescindirse sin menoscabo para el hijo...»⁽⁹⁾.

Por consiguiente, y por ser contrarios a las notas de imprevisibilidad, si durante la sustanciación de la litis matrimonial o de adopción de medidas en relación a los hijos de parejas de hecho fueron previsibles los desembolsos que se pretenden catalogar tras la ejecutoria como extraordinarios, tales gastos se entenderán incluidos en la pensión alimenticia, o a cargo exclusivo, como mera liberalidad, del progenitor que lo ha sufragado sin el consentimiento del otro.

En atención a la **exigencia de imprevisibilidad**, numerosas resoluciones⁽¹⁰⁾ son contrarias a que el Tribunal establezca un elenco exhaustivo de los gastos que en el futuro participarán de la naturaleza de extraordinarios, remitiendo, **antes de la reforma procesal 13/2009**, al incidente regulado en los **arts. 712 y ss. LEC**, previamente al proceso de ejecución para tramitar la declaración y liquidación de gasto extraordinario a instancia del progenitor que sufragó aquél frente al otro que no sólo no suscitó la necesidad del gasto, sino que además no ha contribuido a su pago y que se opone a la naturaleza extraordinaria del mismo⁽¹¹⁾. Sobre las consecuencias procesales de dicha falta de determinación incidiremos más adelante, por constituir los efectos de esta omisión el objeto principal de este trabajo. Por ahora, llamamos la atención del lector, a modo de conclusión del presente apartado, a la siguiente reflexión: Si la imprevisibilidad y falta de periodicidad de los gastos extraordinarios como nota inherente a ellos abocan tras la Reforma de 2009 al incidente de declaración del **art. 776.4.ª LEC**, previo al proceso de ejecución forzosa, cuando los gastos cuya ejecución se pretenda no han sido precisados en el título ejecutivo, el nuevo incidente declarativo previo no parece que vaya a facilitar el cobro al progenitor que suscitó la necesidad del desembolso, y que lo ha satisfecho a su exclusiva costa, frente al que no ha contribuido al abono de los gastos pretendidamente extraordinarios en la proporción que haya sido fijada en la sentencia de medidas definitivas o en el auto de las provisionales.

Trataremos, por tanto, en el siguiente apartado los presupuestos y requisitos procesales del incidente de declaración del **art. 776.4.ª LEC**.

III. EL NUEVO INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTO EXTRAORDINARIO DEL ART. 776.4.ª LEC. PRESUPUESTOS PROCESALES

El incidente de declaración de gasto extraordinario, cuando la sentencia de medidas definitivas o el auto de medidas provisionales recaídos en el pleito matrimonial o de adopción de medidas en relación con los hijos menores no matrimoniales no haya previsto expresamente como extraordinario el desembolso realizado por uno solo de los progenitores, **no forma parte del proceso de ejecución forzosa, sino que ha de sustanciarse con anterioridad a**

(9) PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.*: *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, Editorial Lex Nova, 2.ª edición, pág. 632.

(10) Entre muchas, AAP Zaragoza, Secc. 5.ª, de 1 de junio de 2004; SAP Valencia, Secc. 10.ª, de 10 de enero de 2005; SAP Navarra, Secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2002.

(11) AAP Las Palmas, Secc. 4.ª, de 14 de diciembre de 2005.

éste. Ello conlleva la necesidad de plantearnos algunas consideraciones respecto a la posibilidad de ejecución provisional del título que obliga al pago de gastos extraordinarios no expresamente previstos, así como respecto de otros presupuestos de la acción incidental, entre otros, la competencia para conocer del procedimiento regulado en la nueva **regla 4.^a del art. 776 LEC**, legitimación activa y pasiva, intervención del Ministerio Fiscal en el incidente, necesidad de defensa y representación técnicas y prescripción o caducidad de la acción declarativa.

1. El incidente declarativo en el supuesto de recurso contra la sentencia de medidas definitivas

En relación a la ejecución forzosa de las medidas acordadas en la resolución matrimonial o de adopción de medidas respecto de hijos de parejas de hecho, a tenor de las disposiciones contenidas en los **arts. 771.4, 773.3 y 5, 774.5 y 777.8 LEC**, es doctrina reiterada que dichas medidas, aun cuando las resoluciones que las han establecido en la instancia sean recurribles, serán inmediatamente ejecutables, no obstante el recurso que pueda interponerse, cuando proceda⁽¹²⁾, y sin perjuicio de la resolución que ulteriormente recaiga en apelación, la cual desplegará sus efectos desde que se dicte⁽¹³⁾.

Dado que la necesidad vital que impone el desembolso del gasto extraordinario no expresamente previsto en la sentencia de medidas puede suscitarse con anterioridad a la resolución del recurso de apelación contra aquélla, hemos de plantearnos si podrá deducirse la solicitud incidental para declaración de gasto, aun cuando la resolución no haya recaído en la segunda instancia. La cuestión no es baladí, pues como hemos apuntado con anterioridad, el incidente declarativo del **art. 776.4.^a LEC** no participa de naturaleza ejecutiva, sino que es anterior al proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios no expresamente detallados en el título ejecutivo y, por tanto, como sustento de la demanda ejecutiva deberá integrarse la sentencia que obligó al pago de gastos extraordinarios, y a los efectos establecidos en los **arts. 517.2.1.º y 3.º y 549 LEC**, con el Auto recaído en el incidente en estudio, siempre que éste finalmente declare que el gasto que se pretende como extraordinario, efectivamente goza de esta naturaleza, aunque la resolución que obligó a su pago no se hubiera referido expresamente a él.

El legislador ha obviado pronunciarse respecto a la cuestión que tratamos en este apartado, lo cual podría llevar a entender que en caso de recurso contra la sentencia de medidas definitivas, el progenitor que ha pagado está privado de la acción incidental hasta que recaiga resolución en la segunda instancia resolviendo la apelación interpuesta frente a la sentencia principal, pues tratándose de un gasto no detallado en la resolución recurrida, ni

(12) Entiéndase que sólo serán recurribles las sentencias que establezcan medidas definitivas, pues los Autos de medidas provisionales son irrecurribles, no obstante perpetuar sus efectos hasta que sean sustituidas las medidas contenidas en los mismos por las de la resolución definitiva recaída en el pleito principal, **arts. 771.4 y 773.3 y 5 LEC**.

(13) Entre muchas resoluciones, *vid.* STS, Sala 1.^a, de 3 de octubre de 2008; AAP Barcelona, de 24 de enero de 2007; AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 20 de junio de 2003; SAP Alicante, Secc. 4.^a, de 27 de enero de 2005; SAP Málaga, Secc. 6.^a, de 9 de octubre de 2002; AAP Huelva, de 5 de febrero de 2008. Igualmente, **Criterios Orientadores consensuados en el IV Encuentro** de Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados especializados en la jurisdicción de Familia, **2009**.

cabe ejecución forzosa definitiva (pues lo impide el **art. 776.4.º LEC**) ni procede la provisional (pues el incidente de declaración del gasto como extraordinario ha de ser anterior a cualquier clase de ejecución).

La solución, a nuestro modo de ver, pasa por realizar una interpretación teleológica y sistemática de la regulación legal respecto a la ejecución de medidas acordadas en los procesos matrimoniales o en relación con los hijos de parejas de hecho, pues, precisamente, la doctrina legal y jurisprudencial al respecto, ya expuesta, parte del principio de que el destino natural de las pensiones y otros pagos fijados a favor de los hijos comunes no sólo es atender las necesidades vitales del alimentista, sino «... resarcir al cónyuge con el cual los hijos conviven, único legitimado para cobrar e invertir adecuadamente aquéllas en las necesidades alimenticias de los hijos...»⁽¹⁴⁾.

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos acertado concluir que, aun cuando la sentencia matrimonial o de adopción de medidas en relación con los hijos menores esté pendiente de recurso, ha de prosperar la solicitud de inicio del incidente de declaración de gasto extraordinario no expresamente previsto en aquellas resoluciones, pues otra interpretación no sólo atentaría contra el primordial interés de los hijos menores afectados por el aplazamiento de la ejecución (consecuencia a la que mediatamente aboca el hecho de no poder plantear la acción declarativa incidental por falta de firmeza de los pronunciamientos sobre medidas) sino contra los intereses legítimamente dignos de protección del progenitor que ha satisfecho, a su exclusiva costa, los gastos extraordinarios precisados de declaración de tales, contraviniendo la interpretación contraria a la que exponemos el espíritu de inmediata ejecutividad de las medidas acordadas no obstante el recurso de apelación.

Cuestión distinta a la anterior será que, si tramitado el incidente de declaración de gasto extraordinario del **art. 776.4.º LEC**, el Auto que efectivamente realiza la declaración pretendida, es recurrido, dado que esta resolución declarativa completará el título ejecutivo que compele a ambos progenitores al pago de dicho gasto en la proporción que fue acordada, ante la ausencia de disposición procesal que lo impida, habrá de entenderse (igualmente por aplicación de los preceptos que tratándose de autos de medidas provisionales o sentencias de medidas definitivas, imponen la inmediata ejecutividad de las contenidas en dichas resoluciones) que **lo que procederá es la ejecución forzosa definitiva de la obligación de pago del gasto extraordinario declarado como tal**, no obstante el recurso que haya podido interponerse frente al Auto incidental, y sin perjuicio de lo que se resuelva en la segunda instancia, pues la sentencia de apelación, en este caso, desplegará sus efectos *ex nunc*, es decir, desde que fuere dictada, sin que puedan retrotraerse sus efectos, en su caso revocatorios, a la fecha de la resolución incidental de la primera instancia, salvo que la de apelación así lo establezca expresamente⁽¹⁵⁾.

(14) STS, Sala 1.ª, de 24 de abril de 2000 y, en el mismo sentido, entre muchas, AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 17 de enero de 1998; AAP Burgos, Secc. 3.ª, de 16 de mayo de 2002; AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 28 de enero de 2010.

(15) Los Criterios Orientadores consensuados en el III Encuentro de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales, Fiscales y Abogados de la AEAFA, año 2008, así se concluyen en la Conclusión 3.ª de la Mesa Cuarta, y han sido ratificados por numerosas resoluciones judiciales en relación al pago de las pensiones alimenticias y compensatorias (entre muchas, STS, Sala 1.ª, de 3 de octubre de 2008; AAP Navarra, Secc. 2.ª, de 20 de septiembre de 2004; SAP Cádiz, Secc. 5.ª, de 22 de enero de 2010; AAP Asturias, Secc. 7.ª, de 25 de mayo de 2009 y 5 de enero de 2010).

2. Necesidad de postulación técnica y de dirección letrada

La **Ley 13/2009** no ha modificado la redacción del **art. 750.1 LEC**, conforme a la cual:

«Fuera de los casos en que conforme a la ley deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador».

El legislador de la reforma ha omitido, igualmente, pronunciarse respecto a la necesidad o no necesidad procesal de asistencia letrada y representación técnica para deducir la solicitud origen del incidente regulado en el **art. 776.4.ª LEC**, o para oponerse a él, sin que sea extensible la disposición contenida en el **art. 539.1.1.º LEC** al supuesto incidental, pues, éste es anterior al Proceso de Ejecución Forzosa, y es precisamente para este proceso para el que el legislador ha previsto la necesidad de defensa y representación técnicas exigidas en el **art. 539.1.1.º LEC**.

Entendemos que ante la falta de norma expresa, habrá de estarse a la interpretación conjunta del **art. 750.1**, en relación con los **arts. 21.3, 23, 28.1 y 4 y 31 LEC**, para concluir que, si bien el procedimiento regulado en el **art. 776.4.ª LEC** es de naturaleza incidental y no principia por demanda, sino por *solicitud para que se declare un gasto como extraordinario*, dicha solicitud debe ser suscrita por Abogado y Procurador, pues sea cual sea la cuantía del gasto extraordinario cuya declaración y posterior ejecución se pretende, la exigencia de defensa y representación técnicas impuestas por el **art. 750.1 LEC** se extiende a todos los procesos (y procedimientos) regulados en el **Título I del Libro IV LEC**, en el cual se incardina el procedimiento incidental regulado en el **art. 776.4.ª LEC**.

Por los mismos razonamientos expuestos, entendemos que el escrito de oposición que en su caso formule el demandado incidental, ha de ser firmado por Abogado, con la necesaria representación procesal por Procurador debidamente acreditada, y en este extremo, consideramos, que, a tenor de la disposición general contenida en el **art. 28.1 y 4 LEC**⁽¹⁶⁾ así como en el **art. 31 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita**⁽¹⁷⁾, deducida la solicitud origen del incidente, el Secretario Judicial se aquietará a una correcta técnica procesal confiriendo traslado de aquélla, no al demandado personalmente, sino al Procurador que ejerció su representación procesal en el proceso o procedimiento declarativo del cual trae su causa el procedimiento incidental del **art. 776.4.ª LEC**. Así,

2006; AAP Zaragoza, Secc. 5.ª, de 5 de enero de 2006; SAP Málaga, Secc.6.ª, de 13 de junio de 2007; SAP Alicante, Secc.4.ª, de 27 de enero de 2005).

(16) **Art. 28.1 LEC**: «Mientras se halle vigente el poder, el procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases (...) durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia».

Art. 28.4 LEC: «Se exceptúan de lo establecido en los apartados anteriores, los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona».

(17) **Art. 31, párrafo primero, Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita**: «Los abogados y procuradores designados desempeñarán sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate, y en su caso, la ejecución de las sentencias, si las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia, sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa que estén previstas en la ley».

entendemos, se infiere igualmente de la doctrina sentada por el **Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, en Sentencia de 22 de septiembre de 2008**, pues «... En efecto, las resoluciones judiciales recurridas, partiendo de la idea de que el proceso de ejecución es un apéndice o continuación del proceso declarativo previo, consideraron que el acto de comunicación de la demanda ejecutiva al Procurador que había tenido el ejecutado en el previo proceso declarativo era conforme a derecho en aplicación de lo dispuesto en el art. 28 LEC (...). Se trata de una norma que al igual que el art. 153 LEC, prevé la realización de los actos de comunicación judicial con las partes a través de su procurador, pero partiendo de la premisa de la existencia de un poder de representación vigente y de la necesidad de comunicar actos judiciales que se producen en el curso de un proceso...». Y entendemos aplicable la doctrina sentada, en sustento de nuestras conclusiones, pues precisamente el incidente regulado en el **art. 776.4.^a LEC**, sí es un apéndice o extensión del proceso declarativo matrimonial o de adopción de medidas en relación con los hijos menores que estableció la obligación de los progenitores de contribuir a sufragar los gastos extraordinarios en relación a los hijos, y precisamente por no constituir este procedimiento incidental declarativo, ejecución forzosa, como venimos reiterando, sino por ser un trámite preceptivo para impetrar ésta, completando el título ejecutivo principal.

Creemos, sin embargo, que la doctrina expuesta ha de quebrar en el supuesto de que los cónyuges o progenitores litigaran en el pleito matrimonial o de adopción de medidas a favor de los hijos, bajo una misma defensa y representación, pues puede darse el caso de que la solicitud inicio del procedimiento incidental de **art. 776.4.^a LEC** haya sido suscrita por dichos profesionales. En este supuesto, creemos ajustada a derecho la solución propuesta por el **art. 750.2 LEC**, es decir, deberá conferirse traslado de la solicitud al demandado, personalmente, y a fin de que en el plazo que se le fije por el Secretario Judicial designe a otro Procurador y Abogado que respectivamente represente y defienda sus intereses en el incidente planteado, o para que en idéntico término solicite la designación de dichos profesionales del turno de oficio.

Especial mención merece el caso en el cual el escrito del demandado se limite a manifestar que no se opone a la solicitud de declaración de gasto extraordinario; en este supuesto, y de conformidad con lo establecido en el **art. 31.2.2.^o LEC**, creemos que no deberá exigirse a dicho demandado que el escrito que presente a estos exclusivos fines sea suscrito por Letrado.

3. Competencia para tramitar el incidente del art. 776.4.^a LEC

Tal como venimos reiterando a lo largo de este trabajo, la propia naturaleza del incidente declarativo, regulado en el **art. 776.4.^a LEC**, viene a resolver nuevamente las cuestiones procesales planteadas en este apartado, y es por ello que la cuestión atinente al Juzgado competente al que deducir la solicitud inicial del procedimiento de declaración de gasto extraordinario, no puede resolverse de otro modo que acudiendo a la norma competencial contenida en el **art. 61 LEC**, la cual atribuye por conexión la competencia funcional para conocer de cuantas incidencias dimanen de un pleito principal al Tribunal que ha conocido de éste.

La Jurisprudencia asimismo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, y consideramos digna de mención la doctrina sentada en el **AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 25 de**

enero de 2010, en cuya virtud, cuanto acontezca entre los cónyuges o progenitores una vez aprobado judicialmente el convenio regulador relativo a las situaciones, obligaciones o relaciones jurídicas que fueron consensuadas entre aquéllos, aunque no tengan por objeto propiamente la ejecución forzosa de la ejecutoria, es competencia del Tribunal que homologó el convenio, conociendo del pleito en la instancia.

4. Legitimación, Intervención del Ministerio Fiscal y Audiencia del Hijo Menor

Es doctrina consolidada y reiterada⁽¹⁸⁾ que los cónyuges o progenitores son las únicas partes necesarias y excluyentes del proceso matrimonial o de adopción de medidas en relación con los hijos menores no matrimoniales. Esta legitimación no sólo es procesal sino sustantiva.

La legitimación activa del progenitor, para demandar los alimentos que reclama, o que habiendo sido ya fijados no han sido satisfechos, dimana de la circunstancia de que en la litis matrimonial o de adopción de medidas respecto de los hijos de parejas de hecho no se admiten otras partes que no sean los cónyuges o progenitores, aun cuando los efectos complementarios del pleito repercutan a los hijos, por lo que alcanzada por éstos la mayoría de edad, este hecho, por sí, no conlleva que el hijo pueda personarse en el pleito en defensa, autónoma o litisconsorcial, de sus intereses. Y hemos reseñado que la legitimación de los cónyuges o progenitores no sólo es procesal, sino material, pues, como ha señalado el **Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de abril de 2000**, el progenitor conviviente con el hijo común, precisamente atendida la situación de convivencia, es portador de un interés legítimo en la reclamación de alimentos a favor de los hijos, incluso alcanzada por éstos la mayoría de edad, siempre que perdure la situación convivencial, y el daño que la falta de pago de los alimentos por el otro progenitor, le irroga directamente, le hace portador de un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, en la reclamación de los alimentos.

La legitimación pasiva del hijo mayor de edad en cuyo favor vienen establecidas las pensiones alimenticias y gastos extraordinarios, cuando por el demandado incidental se invoque como causa de oposición a la solicitud de declaración de gasto extraordinario, la necesaria intervención de aquél en el procedimiento del **art. 776.4.ª LEC** ha de ser negada, y por los mismos fundamentos expuestos en este apartado.

Ha de ser analizada, igualmente, la **intervención que proceda dar al hijo menor en este procedimiento del art. 776.4.ª LEC**. A tal fin, el **art. 9.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, y art. 154 CC obligan a Juz-

(18) **STS, Sala 1.ª, de 24 de abril de 2000**; y, entre muchas, SAP Las Palmas, de 9 de noviembre de 2000; SAP Almería, Secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2001; SAP Madrid, Secc. 24.ª, de 19 de mayo de 2005; SAP Baleares, de 31 de mayo de 2006; SAP La Coruña, Secc. 3.ª, de 21 de septiembre de 2007; SAP Alicante, Secc. 4.ª, de 8 de julio de 2008; AAP Pontevedra, Secc. 6.ª, de 17 de diciembre de 2010. Criterio **consensuado igualmente en Encuentro de Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia —AE-AFA—, año 2003, apartado «Ejecución de sentencias», Conclusión 72.ª «Legitimación»**, concluyéndose que «Sólo estarán legitimados para intervenir en fase de ejecución, en un procedimiento matrimonial o de pareja *more uxorio*, los cónyuges o integrantes de la pareja así como el Ministerio Fiscal, si existen menores o incapaces. Sólo se podrá dar el supuesto de sucesión procesal en el caso contemplado en el art. 101, párrafo 2, del Código Civil (pensión compensatoria). Los abuelos pueden intervenir sólo por sustitución (teoría de negocios ajenos), cuando fallezca un progenitor y se hagan aquéllos cargo del menor».

gados y Tribunales a velar, incluso de oficio, por la efectividad del derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento que afecte a sus intereses⁽¹⁹⁾. Sin embargo, dado que el trámite de audiencia puede evacuarse por representación (salvo conflicto de intereses entre los representantes legales del menor y éste) y atendido que el progenitor demandante no sólo está actuando en su propio interés, sino también en el del hijo menor al instar la declaración como de extraordinario un gasto que ha repercutido directamente en beneficio de aquél, considerando la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en este procedimiento, como veremos, y la naturaleza jurídica de la declaración que se pretende, **estimamos que**, salvo que se solicite del Tribunal expresamente la audiencia del menor por cualesquiera de los interesados o por el propio Ministerio Público, podrá considerarse cumplimentada la exigencia legal a través del progenitor demandante, como se infiere del art. 163 CC⁽²⁰⁾ (salvo en los supuestos de gastos extraordinarios de naturaleza suntuaria, atendida la situación económico-social en la que hasta la fecha se ha venido desenvolviendo vitalmente el menor, y sus progenitores)⁽²¹⁾. Aun en este supuesto, consideramos que el trámite de audiencia, que puede acordarse de oficio, no sólo cabe cumplimentarse en sede judicial, sino también a través de la intervención de los equipos psico-sociales adscritos a los Juzgados de Familia —donde los haya— como ha tenido ocasión de pronunciarse la Jurisprudencia en relación a otros supuestos de hecho⁽²²⁾.

La necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento incidental de declaración de gasto extraordinario del **art. 776.4.ª LEC** se desprende, a nuestro modo de ver, no sólo del tenor literal del **art. 3.7** de su Estatuto Orgánico, sino que también se infiere del contenido del **art. 749.2** en relación con el **art. 225.3.ª LEC**, siempre que uno de los interesados en la litis sea menor, esté incapacitado o en situación de ausencia legal.

(19) Es destacable, en la **legislación foral**, que los **arts. 6** (con carácter general) y **76.4** (para el caso de ruptura matrimonial) del **Decreto Legislativo 1/2011**, de 22 de marzo, del **Gobierno de Aragón**, por el que se aprueba el «Código de Derecho Foral de Aragón» (Texto Refundido de Leyes Civiles Forales Aragonesas), BOE de 29 de marzo de 2011, consagran el derecho del menor a ser oído, antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, siempre que tenga suficiente juicio, y en todo caso si es mayor de 12 años. En el mismo sentido, el **art. 211-6.2** de la **Ley Catalana 25/2010**, de 29 de julio, por la que se aprueba el **Libro II del Código Civil, relativo a la Persona y la Familia**, de acuerdo con la capacidad natural y edad del menor y, en todo caso, si ha cumplido 12 años, ha de ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.

(20) El **art. 236-20 de la Ley Catalana** citada, que ha entrado en vigor el pasado 1 de enero de 2011, prevé para el caso de conflicto de intereses entre los hijos y los progenitores, cuando ambos ostentan la patria potestad, que el hijo sea representado por el progenitor en el que no concurra tal conflicto. **La legislación aragonesa**, por su parte, dedica varios preceptos a este tema, confirmando en el **art. 12** la representación legal del menor que no ha cumplido los 14 años, a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y para el caso de que concurriera conflicto de intereses, el **art. 13.1.a)** y el **art. 28.1.a)** disponen la atribución de dicha representación a aquél de los progenitores en quien no concurra tal conflicto; cumplidos los 14 años, el menor de edad, aunque no esté emancipado, conforme al **art. 23.3**, no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo.

(21) En el **VII Encuentro de Jueces de Familia**, de Incapacidades y Tutelas, celebrado en **Barcelona** los días 1, 2 y 3 de **marzo de 2011**, se ha consensuado, en la **regla 5.g)** del **Taller Sexto**, que «El juez debe hacer constar en todas las resoluciones de familia que afecten a menores el modo en el que el derecho del menor a ser oído se ha concretado (directamente, a través de sus padres, de terceros, de profesionales...) Si no ha sido oído, los motivos de tal omisión (por carecer de madurez, por resultar perjudicial a su interés, por no ser necesario dada la cuestión a debate)».

(22) STC, Sala 1.ª, de 6 de junio de 2005; SSTC de 25 de mayo y 22 de diciembre de 2008; STC, Sala Pleno, de 29 de junio de 2009.

Correspondiendo al Ministerio Fiscal la función pública de velar por el supremo interés de los incapacitados, ausentes legales y menores⁽²³⁾ el Tribunal que conozca del procedimiento incidental en estudio deberá velar de oficio por el traslado de las actuaciones al Ministerio Público, bien durante la tramitación del incidente, bien, con carácter previo al dictado de la resolución que ponga fin a éste, como así ha tenido ocasión de pronunciarse la Jurisprudencia (así ha sido consensuado, con carácter general, y también respecto del proceso de ejecución, en los **Criterios Orientadores**, ya citados, del año **2009, párrafo 3.º del apartado «Obligaciones de carácter personal»**) y so pena de nulidad de actuaciones, si se omitiere su intervención (STC, Sala 1.ª, 17/2006, de 30 de enero; SAP Almería, Secc. 1.ª, de 21 de julio de 2003 —con fundamento en las SSTs, Sala 1.ª, de 21 de mayo de 1988 y 18 de mayo de 1990, referidas éstas a juicios de filiación— SAP Pontevedra, Secc. 1.ª, de 24 de marzo de 2009).

5. Especial referencia a la prescripción de la acción declarativa incidental

Es conocido sobradamente que la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del Tribunal o del Secretario Judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, **caducará** si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución de que se trate, conforme al **art. 518 LEC**.

Si bien la norma expuesta no es de aplicación a la acción declarativa incidental⁽²⁴⁾ para iniciar el procedimiento de declaración de gasto extraordinario regulado en el **art. 776.4.ª LEC**, sí ha de ser tenida en cuenta por cuanto obtenida la declaración de gasto extraordinario, que no venía detallado expresamente como tal en la ejecutoria, dicho término de caducidad empezará a correr, a los efectos de impetrar el despacho de ejecución forzosa por el gasto así declarado, desde la firmeza del Auto que ha puesto fin al incidente del último precepto citado.

Descartado el instituto de la caducidad, hemos de plantearnos la **naturaleza del plazo al que está sujeto el ejercicio de la acción para solicitar la declaración de gasto extraordinario no previsto expresamente en la ejecutoria**. De conformidad con lo establecido en el **art. 1961 CC**, y en ausencia de precepto especial que otra cosa determine, dicho plazo ha de ser **de prescripción**, pues «las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley».

Los gastos extraordinarios ciertamente están destinados a cubrir necesidades «alimenticias» no incluidas en la pensión de alimentos, pero por esta misma circunstancia no pueden venir sometidos al instituto de la prescripción extintiva por el transcurso de cinco años del **art. 1966.1.ª CC**, pues no participan de la naturaleza de *pensiones alimenticias*, propiamente dichas; tampoco son pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, a los efectos de la prescripción extintiva regulada en el **art. 1966.3.ª CC**, dado que estos pagos

(23) Prevalente sobre cualquier interés en conflicto, por legítimo que éste sea, como así establece el **art. 2** de la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**.

(24) Pues procesalmente es anterior en el tiempo al proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios, como venimos reiterando.

obedecen a periodicidad y previsibilidad, y estas notas son antinómicas a las que rigen los gastos extraordinarios (imprevisibles y no periódicos) como expusimos en el apartado II de este trabajo.

Partiendo de los anteriores razonamientos, estimamos aplicable la disposición contenida en el **art. 1964 CC**, y así, **prescribirá por el transcurso de 15 años** la acción para solicitar la declaración incidental regulada en el **art. 776.4.^a LEC**, es decir, el término de **prescripción de las acciones personales no sujetas a término propio**, que no será cuestionable de oficio; al contrario, en caso de estimarse la concurrencia de prescripción extintiva, deberá ser invocada por el demandado incidental en su escrito de oposición a la solicitud de declaración del contrario.

Llegados a la conclusión expuesta, es forzoso reparar en la cuestión atinente al *dies a quo* para el cómputo de la prescripción extintiva, a los efectos del ejercicio de la acción en estudio, y a tal fin, si bien en principio podría resultar de aplicación la disposición contenida en el **art. 1971 CC** («desde que la sentencia que impuso la obligación de pagar gastos extraordinarios quedó firme»), entendemos incorrecta esta conclusión, pues se opone a la naturaleza indeterminada, *prima facie*, del gasto cuya calificación como extraordinario se pretende, ya que no es posible instar la declaración de un gasto como extraordinario si dicho gasto aún no ha nacido a la vida jurídica.

Para PUIG BRUTAU⁽²⁵⁾ la disposición contenida en el **art. 1969 CC** según la cual «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» (...) «exige que se precise lo que ha de entenderse por posibilidad de ejercitar la acción. La doctrina estima que esta posibilidad es **la legal** (...) sin embargo, es más razonable entender que para que empiece el plazo de **prescripción se ha de añadir a la posibilidad legal del titular del derecho de ejercitarlo, la posibilidad real o material de hacerlo**. La razón es la que expuso la Sentencia de 25 de enero de 1962 (Repertorio Aranzadi, núm. 562)...»: «se comprende fácilmente que sólo se produce, precisamente por la pasividad del titular del derecho durante el tiempo determinado en la Ley; de donde se infiere que para que un derecho prescriba, no basta que haya nacido, sino que además es necesario que pueda ser ejercitado, por lo que como fórmula general, la doctrina científica y la jurisprudencia proclaman, al unísono, que si el titular de un derecho se encuentra en la imposibilidad de ejercitarlo a consecuencia de un obstáculo cualquiera que proceda, ya de la ley, ya de fuerza mayor o hasta de la misma convención, la prescripción no comienza a correr contra aquél hasta el día que cesa o desaparece esa imposibilidad» (...) «en el caso de estar pendiente la reclamación de una cantidad no puede imputarse inactividad al acreedor mientras la suma no sea líquida. En este sentido, la Sentencia de 20 de mayo de 1959 (RJA núm. 3018) y en consecuencia, *in illiquidis non fit praescriptio*, cuando la falta de liquidación, como bien se entiende, no sea imputable al acreedor...».

Considerando adecuada la doctrina expuesta para encuadrar el supuesto en estudio, **concluimos que** habrá de estarse al tenor del **art. 1969 CC** y, en consecuencia, el *dies*

(25) PUIG BRUTAU, J., *op.*: *Caducidad, Prescripción Extintiva y Usucapión*, Editorial Bosch, Casa Editorial SA, Primera Edición, junio de 1988, págs. 58 a 60.

a quo de la prescripción extintiva para el ejercicio de la acción incidental de solicitud de declaración de gasto extraordinario del **art. 776.4.ª LEC**, no será otro que aquél en el cual surgió la necesidad del gasto extraordinario y en el que éste fue efectivamente asumido por uno de los progenitores.

IV. LA TRAMITACIÓN DEL INCIDENTE DE DECLARACIÓN DE GASTOS EXTRAORDINARIOS

Como venimos reiterando a lo largo de este trabajo, la solicitud origen del incidente de declaración de gastos extraordinarios no expresamente determinados, previsto en el **art. 776.4.ª LEC**, deberá partir de una premisa lógica, a saber, que en el auto de medidas provisionales o en la sentencia homologadora del convenio regulador o que acuerda las medidas definitivas de la litis matrimonial contenciosa o respecto de hijos de uniones de hecho, se haya previsto la obligación de ambos progenitores de contribuir a los gastos extraordinarios que se devenguen en un futuro a favor de los hijos comunes.

Sin embargo, **no es inédito que ni el convenio regulador ni las resoluciones contenciosas citadas contengan pronunciamiento alguno referido a los gastos extraordinarios**. Y esta falta de previsión acarreará consecuencias en orden a la procedencia de la declaración que se pretende. Por ello, antes de comenzar con el estudio de las vicisitudes de la tramitación del incidente del **art. 776.4.ª LEC**, creemos necesario realizar algunas consideraciones al respecto.

1. Consecuencias de la ausencia de referencias a los gastos extraordinarios

Antes de la entrada en vigor de la reforma procesal operada en la materia en estudio, por la **Ley 13/2009, de 3 de noviembre**, la Jurisprudencia había tenido ocasión de pronunciarse sobre la causa de oposición frente a la ejecución despachada por gastos extraordinarios, sobre el presupuesto de no ajustarse la ejecución solicitada al contenido del título ejecutivo, conforme a los **arts. 551.1 y 552.1** en relación con el **art. 517.2.1.º y 3.º**, todos de la **LEC**, pues no conteniendo el título ejecutivo (auto de medidas provisionales, sentencia homologadora del convenio regulador, o sentencia recaída en proceso matrimonial o de adopción de medidas en relación a los hijos menores, contencioso) pronunciamiento alguno respecto a los gastos extraordinarios, el despacho de ejecución contravendría el título ejecutivo, que ha de ejecutarse en sus propios términos conforme al **art. 18.2 LOPJ**.

La solución a la cuestión planteada no puede ser tan simplista como frecuentemente se ha venido planteando por vía de oposición a la ejecución. No en vano, cuando de hijos menores se trata, la Jurisprudencia ha venido considerando que el pronunciamiento sobre gastos extraordinarios es de oficio, sin que el Juez o Tribunal esté sujeto a la petición de parte⁽²⁶⁾.

(26) SSAP Asturias, Secc. 5.ª, de 18 de marzo de 2009 y 23 de mayo de 2006; Valencia, Secc. 10.ª, de 27 de enero y 2 de febrero de 2005; Madrid, Secc. 22.ª, de 4 de febrero de 2003; Baleares, Secc. 3.ª, de 7 de marzo de 2006; Barcelona, Secc. 12.ª, de 9 de junio de 2005, citadas en nota al pie 7 por BARRAL DÍAZ, *op. cit.*, pág. 10.

Si bien encontramos en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales algunos casos⁽²⁷⁾ en los que ha prosperado como causa de oposición a la ejecución despachada por gastos extraordinarios, la circunstancia de que nada se haya previsto al respecto en el título ejecutivo, lo cierto es que **mayoritariamente se viene considerando que** aunque no se haya establecido nada en la sentencia, los gastos extraordinarios deben abonarse por mitad por ambos progenitores⁽²⁸⁾ pues «... la oposición del recurrente no puede basarse en razones meramente formales para dejar de cumplir con la obligación de afrontar todos los gastos que genera la asistencia, manutención y educación de la prole...»⁽²⁹⁾ y **que** «... la omisión de referencia expresa en el convenio a los gastos extraordinarios, cuyo abono corresponde a ambos progenitores, si bien el procedimiento adecuado para su reclamación no podrá ser el de ejecución, y en consecuencia de no haberse abonado la mitad de esos honorarios por el padre, la deuda sigue pendiente, sin que sea preciso su consentimiento previo por tratarse de un gasto necesario...»⁽³⁰⁾.

En este sentido, resulta necesario destacar el **art. 18 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño** de 20 de noviembre de 1989, el cual establece en su **apartado 1.º** que «Los Estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño», y este precepto, dentro de cada Estado parte, **vincula a los Tribunales españoles**, en cuanto «En todas las medidas concernientes a los niños (...) han de atender al superior interés de éstos», conforme al **art. 3.º** de la citada Convención y porque, conforme al **apartado 4 del art. 39** de nuestra **Constitución de 1978**, «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan sobre sus derechos».

En este sentido, la **Constitución Española, art. 39.3**, dispone que «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; por lo que, para valorar esta «legal procedencia», habremos de acudir a nuestro Derecho Positivo Interno, entre otros, a los **arts. 92, 93, 142 y 154 CC**, así como a los **principios generales del derecho**, entre los cuales se integra **el superior interés del menor**.

En atención a lo anteriormente expuesto, concluimos con **NÚÑEZ BOLAÑOS** que «la pensión de alimentos no agota las obligaciones de los progenitores ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen sus hijos

(27) Como el resuelto por **AAP Baleares, Secc. 3.ª, de 4 de febrero de 2005**, a cuyo tenor: «... En el caso de autos nada se dice en la sentencia ejecutada sobre los gastos extraordinarios, por lo que nada puede acordarse sobre este extremo en trámite de ejecución puesto que a ello se opone el principio de respeto a la intangibilidad del fallo que ha adquirido ejecutoriedad...».

(28) **AAP Valencia, Secc. 10.ª, de 5 de marzo de 2003**, citada por NIÑEROLA JIMÉNEZ, I., *op.*: *Quinta Ponencia sobre Gastos Extraordinarios*, Madrid, 2010, CGPJ, pág. 8.

(29) **AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 4 de febrero de 2003**.

(30) **AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 7 de enero de 2008**.

menores aun cuando no se especifique la obligación en el título ejecutivo»⁽³¹⁾ pues, **ambos progenitores** «... están vinculados a las necesidades que deben cubrirse económicamente de modo ineludible en el cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes, de los hijos, y ello en contraposición de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el hijo»⁽³²⁾.

Por tanto, entendiéndose devengado un gasto extraordinario a cuyo pago no ha contribuido uno de los progenitores, el otro, que ha suscitado la necesidad extraordinaria y que ha sufragado su importe, **aun cuando no exista previsión sobre gastos extraordinarios en el título ejecutivo**, podrá deducir la solicitud de declaración de éste que regula el **art. 776.4.ª LEC**, y ésta, entendemos, es la solución jurisprudencial que, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2009 apuntaba, entre otras, la **Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 18.ª en Auto de 7 de enero de 2008**, remitiendo a un incidente distinto al proceso de ejecución.

2. La solicitud como inicio del incidente de declaración de gasto extraordinario, del art. 776.4.ª LEC

Como ya expusimos en el **apartado III** de este trabajo, la solicitud para declaración de gasto extraordinario no expresamente previsto, podrá presentarse, no obstante el recurso interpuesto contra las medidas definitivas acordadas en la sentencia matrimonial o de adopción de medidas en relación con los hijos no matrimoniales, **una vez acontecido el hecho que constituye su origen**, es decir, **la realización, por uno solo de los progenitores, del gasto extraordinario, a su exclusiva costa**, y con carácter previo a la exacción forzosa frente al otro progenitor por importe en que éste ha de contribuir, y a cuyo pago voluntario se niega.

Ahora bien, dado que el objeto del incidente declarativo en estudio viene determinado taxativamente, entendemos que **no procederá deducir la solicitud**, si aún no se ha realizado el gasto extraordinario, sea urgente o no, o si se pretende la declaración por el Tribunal de la necesidad de realizarlo, ante la falta de acuerdo de los progenitores, y con carácter previo a su realización, pues para este supuesto el progenitor interesado deberá acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria del **art. 156 CC**, a fin de que el Tribunal resuelva la discrepancia suscitada entre ambos progenitores, en defecto de acuerdo, atribuyendo la facultad decisoria al respecto a uno de ellos, sin ulterior recurso, tal como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia (entre muchas, **SAP Málaga, Secc. 6.ª, de 18 de diciembre de 2009; SAP Las Palmas, Secc. 3.ª, de 28 de junio de 2007; AAP Baleares, Secc. 5.ª, de 28 de marzo de 2006; SAP Madrid, de 27 de enero de 2006; SAP Barcelona, de 29 de abril de 2005**⁽³³⁾). A este procedimiento, dedicaremos más adelante, en relación a los gastos extraordinarios, un apartado específico.

(31) NÚÑEZ BOLAÑOS, M., *op.*: «Ejecución Forzosa: Causas de oposición», *pág. 180, Estudios de Derecho Judicial 147-2007, La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de resoluciones y Custodia Compartida*, Varios Autores, Centro de Documentación Judicial del CGPJ.

(32) PÉREZ MARTÍN, A.J., *op.*: *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, Editorial Lex Nova, 2.ª edición, *pág. 632*.

(33) *Cit.* Las dos últimas por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., *op.*: «Alcance del ejercicio conjunto de la patria potestad. Discrepancias en su ejercicio», Ponencia pronunciada en el marco de XIII Jornadas de Derecho de

Consideramos necesario, en este punto, detenernos en las consecuencias que a la **reclamación previa, extrajudicial, del gasto extraordinario** ha venido dando la Jurisprudencia, especialmente, en cuanto a si la acreditación de ésta se constituye en condición objetiva de procedibilidad a los efectos de deducir la solicitud en estudio.

Entendemos que el incidente declarativo del gasto extraordinario del **art. 776.4.ª LEC** no es el momento procesal adecuado en el que la reclamación extrajudicial previa o la ausencia de ésta deben desplegar sus efectos, respecto de la exigibilidad del gasto cuya declaración como extraordinario se pretende, pues **una cosa es que exista el gasto extraordinario, y otra, que el progenitor venga obligado a su pago**, una vez declarado existente. Será en el proceso de ejecución forzosa, en su caso, donde por vía de oposición a la ejecución despachada podrá invocarse el incumplimiento de este presupuesto de la demanda ejecutiva⁽³⁴⁾. A esta circunstancia nos referiremos más profundamente en el apartado dedicado a la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios.

Por tanto, presentada la solicitud del **art. 776.4.ª LEC**, y a los únicos efectos de que el gasto, ya realizado y no determinado en la ejecutoria, sea calificado de extraordinario, si el escrito de solicitud cumple los requisitos y presupuestos ya analizados en el **apartado III** de este trabajo (*ante el Tribunal que acordó las medidas provisionales o definitivas que se pretenden ejecutar, suscrito por abogado y procurador, adjuntando la escritura de poder para pleitos y acompañado de los documentos en los que se funda la petición —copia de la resolución que acordó las medidas y documentos acreditativos de la realización del gasto—*⁽³⁵⁾), se admitirá a trámite por el Secretario Judicial del Tribunal que dictó la resolución matrimonial o de adopción de medidas respecto de hijos de uniones de hecho, acordándose la formación de un **incidente del pleito principal**, y confiriendo traslado al demandado para que en cinco días hábiles se conforme o muestre su oposición a éste.

3. En caso de que el demandado no se oponga expresamente

Nada dice el **art. 776.4.ª LEC**, para el caso de que el demandado no se oponga expresamente a la solicitud de declaración de gasto extraordinario, bien porque deje transcurrir el término del traslado sin efectuar manifestación alguna, bien porque en su escrito se limite a manifestarse conforme con la petición del actor.

En este caso, y atendida la remisión que para el caso de expresa oposición hace el legislador de la reforma 13/2009 a la tramitación del juicio verbal, entendemos que el incidente deberá concluir con **Decreto del Secretario Judicial**, pues no procede la celebración de vista y, atendida la conformidad tácita o expresa del demandado, será de aplicación, a nuestro juicio, la disposición contenida en el **art. 395.1 LEC** en cuanto a la **imposición de costas del incidente** se refiere. De ahí, creemos, la importancia de acompañar a la solicitud del demandante la acreditación de requerimiento previo y extrajudicial de pago al deman-

Familia, organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia, Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2006. Ponencias editadas por ENFOQUE XXI —Formación Jurídica Continuada—, páginas sin numerar.

(34) **Como exigía el art. 138 Codi Civil de Catalunya, hasta el pasado 1 de enero de 2011.**

(35) Pues siendo un incidente declarativo previo al despacho de ejecución forzosa no rige a tales efectos la previsión contenida en el **art. 549.2 LEC**.

dado que éste no ha satisfecho, pues si dicho requerimiento no puede ser acreditado, difícilmente podrá alegarse la mala fe de aquél, pudiendo darse el caso de haber sido llamado al procedimiento del **art. 776.4.ª LEC** sin conocimiento previo del desembolso realizado de contrario por el demandante incidental.

4. Requisitos y trámite procesal en caso de oposición del demandado

La oposición ha de deducirse en los cinco días hábiles siguientes al traslado de la solicitud al demandado en el incidente del **art. 776.4.ª LEC**.

Dado que, como hemos apuntado en el **apartado III.2** de este trabajo, deberá ser suscrita por abogado y procurador, si en el término por el que se ha conferido el traslado, el demandado incidental acreditare la solicitud de designación de dichos profesionales del turno de oficio, esta petición debe conllevar, aunque no sea instado expresamente, la suspensión del plazo concedido para conformidad u oposición con la solicitud del contrario. Así se infiere de lo dispuesto en el **art. 16, párrafo segundo, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita**. Lo contrario conllevaría la vulneración del derecho de defensa del demandado incidental, por preclusión del plazo de oposición a la pretensión del actor.

Deducida en tiempo y forma la oposición del demandado «... el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los **arts. 440 y ss.**, y que resolverá mediante **auto**».

Esta vista y las actuaciones subsiguientes deberán tramitarse en el propio incidente principal⁽³⁶⁾, sin formación de nueva pieza separada, limitándose el objeto del debate a las cuestiones que han quedado centradas en la solicitud inicial y en el escrito de oposición.

Será **en la vista convocada** (a la que habrán sido citados los contendientes con los apercibimientos expresados en el **art. 440.1 y 2 LEC**, así como el Ministerio Fiscal si alguno de los interesados es menor, está incapacitado o en situación de ausencia legal, so pena de nulidad de actuaciones) cuando **demandante y demandado deberán concurrir con todos los medios de prueba de que intenten valerse**⁽³⁷⁾, asistidos de sus respectivas representaciones y defensas, pudiendo integrarse la proposición probatoria de las partes conforme al apartado primero del **art. 429 LEC**.

En cuanto a la procedencia del **trámite de conclusiones**, con carácter previo a dar por finalizada la vista, en principio, dada la remisión genérica del **art. 776.4.ª a los arts. 440 y ss. LEC**, podría inferirse que dicho trámite ni es preceptivo ni obligatorio. No obstante,

(36) Ha de estarse al contenido del **Reglamento 2/2010 del CGPJ** sobre normas de registro de asuntos incidentales, y, a tal fin, las cuestiones incidentales que se planteen no tendrán la consideración de asunto principal, debiendo vincularse al NIG del asunto principal, por lo que deberán registrarse y tramitarse como pieza separada de éste.

(37) Ya en relación a la tramitación de la oposición en el supuesto del **art. 809.2 LEC**, la **SAP Cáceres, Secc. 1.ª, de 6 de mayo de 2004**, establece que «... el procedimiento para la formación de inventario no se inicia por demanda, sino mediante **una mera solicitud**, de modo que (...) si se suscita controversia (...) el proceso continúa por los trámites del juicio verbal desde la vista, luego debe permitirse a las partes la proposición de todos los medios de prueba...». *Cit. ALEJÁNDREZ PEÑA, P., Liquidación de Bienes Gananciales: Aspectos Prácticos procesales y sustantivos*, 2.ª Edición, Editorial Lex Nova, pág. 173.

podrá suscitarse la práctica consolidada en el *usus fori* en los procesos y procedimientos de familia⁽³⁸⁾, conforme a la cual, y pese al silencio legal, deberá concederse la palabra a las partes, terminado el trámite de pruebas, para su resumen y conclusiones.

Contra el auto que pondrá fin al incidente con efectos de cosa juzgada⁽³⁹⁾ y que conllevará condena en costas conforme a los arts. 394, 395, 396 y 442.1 LEC, puede interponerse recurso de **apelación** (arts. 393.5 y 455.1 LEC), no obstante lo cual, podrá instarse el despacho de ejecución forzosa, como ya vimos en el **apartado III.1** de este trabajo.

5. Tratamiento jurisprudencial de las causas más frecuentes de oposición a la declaración de gasto extraordinario

El punto común de convergencia en las conclusiones alcanzadas en las resoluciones que se exponen seguidamente, es que lo que se entiende incluido en la pensión alimenticia, por previsible, ordinario y habitual, no es gasto extraordinario, y que además, como sintetiza NIÑEROLA GIMÉNEZ⁽⁴⁰⁾, «... **una cosa son los gastos extraordinarios, y otra el aumento de necesidades del hijo** (...) por lo que en estos supuestos, la acción que procederá ejercitar es la de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias, y no una reclamación de gastos extraordinarios»⁽⁴¹⁾.

El art. 142 CC cataloga los gastos que han de entenderse comprendidos en el concepto legal de «alimentos», y añade a las *necesidades de sustento, las de vestido, habitación, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista* mientras sea menor de edad, e incluso alcanzada la mayoría, si aún no se ha finalizado la formación por causa no imputable al alimentista; por ello, viene denegándose generalmente el carácter de «extraordinarios» a los gastos de matrícula, incluida la universitaria, libros de texto y material escolar,

(38) **Conclusión 26.^a** consensuada en **Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los Procesos de Familia**, Madrid, 17, 18 y 19 de noviembre de 2003, a cuyo tenor, bajo el epígrafe «Trámite de Conclusiones», fue acordado «Promover la aplicación del art. 185 de la LEC, admitiendo alegaciones finales, con valoración de la prueba tanto en los procedimientos de medidas previas, provisionales como en el procedimiento principal». Vid. igualmente *Criterios Orientadores para las actuaciones en Procesos de Familia, adoptados entre los Magistrados de la Audiencia Provincial de Málaga y Jueces de Familia y la Delegación en Málaga de la AEAFA*, año 2002, apartado 8 del epígrafe «Medidas Provisionales Previas» y apartado 4 del epígrafe «Confirmación o Modificación de las medidas provisionales previas».

(39) *A sensu contrario*, así se desprende del art. 447.4 LEC.

(40) NIÑEROLA GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, pág. 7.

(41) En este sentido, es igualmente clarificador el tenor contenido como parte del Razonamiento Jurídico Único del Auto de fecha 1 de diciembre de 2008, dictado por el **Juzgado de Primera Instancia 7 de Lleida**, conforme al cual, «... No puede identificarse la mensualidad ordinaria alimenticia con los gastos de periodicidad también mensual, puesto que la referencia legal ha de realizarse a los gastos habituales, con independencia de su devengo, calculados en cómputo anual, aun cuando la obligación de pago se divida en doce mensualidades normalizadas. Ésta es, entre otras, la razón por la que se establece el pago en los doce meses del año, con abstracción del hecho de que alguno de tales períodos los hijos permanezcan en compañía del progenitor con el que no residen habitualmente, que ha de soportar, también, la carga de la manutención y atención de las necesidades de los hijos cuando los tiene en su compañía. Como ha tenido ocasión de señalar reiteradamente la doctrina, los gastos extraordinarios, tanto en los casos en los que no exista enumeración detallada en la ejecutoria, como cuando su concreción no sea suficiente, se extienden a los que se produzcan de forma imprevisible y resulten, además, necesarios...». Vid. <www.aeafa.es>, apartado «Efectos económicos. Gastos Extraordinarios», consulta realizada en fecha 27 de marzo de 2011.

así como gastos relativos a la formación profesional del hijo (incluso los referentes a la obtención del permiso de conducir); Si bien, lo expuesto no es óbice para que los progenitores puedan convenir respecto de cualquier gasto necesario, bien antes de que éste surja, y en convenio regulador, bien cuando se suscita la necesidad de éste, lo que tengan por conveniente, en interés del hijo/a común, y al amparo de su autonomía contractual.

En síntesis, podríamos afirmar que participan de la naturaleza de gastos extraordinarios «... aquellos que exceden notoriamente de los habituales u ordinarios en orden al cuidado, atención y sustento de los menores y cuya calificación como tales, habrá de valorarse en el momento en que surjan. En definitiva, son aquellos que exceden de los habituales u ordinarios en orden al cuidado, atención y sustento de los menores...» y «... Tienen que nacer de necesidades de los hijos de naturaleza totalmente excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable que, por ello, no pueden incluirse en la única pensión alimenticia ordinaria establecida; a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones...»; en definitiva, «... gastos que ni se tuvieron en cuenta, ni se contemplaron y que su alcance económico es elevado y no habitual para la familia de los litigantes, y, por lo tanto, resulta manifiesto que no se pudieran contemplar en la pensión de alimentos incluida en las cláusulas del convenio o en la sentencia. Habría que acudir a un concepto muy riguroso de gastos extraordinarios, pues los cónyuges ya regularon los “alimentos” de los hijos o los fijó la sentencia judicial, y no debemos olvidar que los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia...»⁽⁴²⁾.

Siguiendo el esquema desarrollado, principalmente, por **PÉREZ MARTÍN**⁽⁴³⁾, resumimos el **tratamiento jurisprudencial de las más frecuentes causas de oposición a la declaración de gastos extraordinarios**, en los siguientes apartados⁽⁴⁴⁾:

- **Gastos de guardería:** son ordinariamente previsibles, por lo que no participan de la consideración de extraordinarios (AAP Cádiz, Secc. 5.^a, de 26 de enero de 2010; SAP León, Secc. 2.^a, de 17 de diciembre de 2010; SAP Alicante, Secc. 4.^a, de 16 de marzo de 2010; SAP Cádiz, Secc. 5.^a, de 29 de julio de 2007; AAP Barcelona, Secc. 18.^a, de 15 de enero de 2008).
- **Gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, cuotas de colegio y matrícula, o material escolar:** son gastos incluidos dentro de la pensión alimenticia, pues es una enseñanza obligatoria y gratuita, y el gasto que se origine es previsible y periódico (SAP León, Secc. 2.^a, de 17 de diciembre de 2010; SAP Alicante, Secc. 4.^a, de 16 de marzo de 2010; SAP Castellón, de 3 de julio de 2001; SAP Palencia, de 2 de mayo de 2003; AAP Madrid, Secc. 24.^a, de 12 de diciembre de 2001; SAP Valencia, Secc. 10.^a, de 30 de octubre de 2003; SAP Alicante, Secc. 4.^a, de 13 de mayo de 2008; SAP Madrid, Secc. 24.^a, de 4 de junio de 2004; AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 6 de julio y 18 de diciembre de 2001), **pero si** respecto a la inscripción en un colegio privado realizada por uno solo de los progenitores el otro

(42) SAP Burgos, Secc. 2.^a, de 9 de marzo de 2010.

(43) PÉREZ MARTÍN, A. J., *op. cit.* Nota al pie 5, págs. 637 a 650.

(44) Casuística glosada por SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D., *op. cit.* Nota al pie 3, 1.^a parte, págs. 34 y 35.

no muestra expresamente su disconformidad, tendrá la consideración de gasto extraordinario (AAP Granada, Secc. 3.^a, de 28 de abril de 2003 y SAP Barcelona, Secc. 12.^a, de 14 de julio de 2009). También **gozan de naturaleza ordinaria**, y por tanto **no son extraordinarios**, los gastos por cuotas de la asociación de padres, vestuario, uniforme y ropa deportiva para las actividades de esta índole dentro de la enseñanza reglada (SAP Burgos, Secc. 2.^a, de 9 de marzo de 2010).

- **Gastos por formación profesional del hijo (libros, material para realizarlo y transportes):** no son extraordinarios porque no pueden conceptuarse como actividades extraescolares o cursos de idiomas o clases particulares que el convenio regulador había previsto como tales. Son gastos previsibles y periódicos que han de entenderse incluidos en la pensión alimenticia (AAP Guipúzcoa, Secc. 3.^a, de 3 de noviembre de 2009)⁽⁴⁵⁾.
- **Gastos por transporte y comedor escolar:** se consideran incluidos en la pensión alimenticia ordinaria (AAP Guipúzcoa, Secc. 3.^a, de 3 de noviembre de 2009, referido a los primeros y otros ya apuntados; AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 11 de octubre de 2002 y 19 de julio de 2003).
- **Gastos consecuencia de clases de repaso o apoyo, y actividades extraescolares:** se considerarán extraordinarios los primeros, si se acredita la necesidad o conveniencia de tales clases, lo que deberá probarse atendiendo al expediente académico del hijo común, y los segundos, si se revelan necesarios o indispensables para el desarrollo integral del menor (SAP León, Secc. 2.^a, de 17 de diciembre de 2010; SAP Alicante, Secc. 4.^a, de 16 de marzo de 2010; AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 30 de junio de 2008; SAP Ciudad Real, Secc. 1.^a, de 4 de julio de 2003; AAP Valencia, Secc. 10.^a, de 24 de junio de 2010). Pero si tales gastos ya se venían devengando cuando fue pactada o establecida la pensión alimenticia, o era previsible su devengo en tal momento y no se dijo nada de la calificación de dichos gastos, se entenderán incluidos dentro de la pensión alimenticia ordinaria (AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 23 de mayo de 2008).
- **Gastos por viajes de estudios:** «... de forma unánime vienen siendo considerados como gasto extraordinario por la práctica totalidad de los Juzgados, al tratarse de una actividad escolar, no sólo aconsejable, sino asimismo necesaria toda vez que es realizada por todo el curso y difícil explicación sería el que la menor no lo hiciese por diferencias entre los cónyuges, y como quiera que no se realiza en todos los centros ni todos los cursos, es imprevisible su realización, lo que le dota del carácter extraordinario...»⁽⁴⁶⁾.
- **Clases de tenis:** no son extraordinarios (AAP Guipúzcoa, de 29 de septiembre de 2008).
- **Gastos médicos, terapéuticos o farmacéuticos:** como norma general son extraordinarios todos los gastos abonados en «... las atenciones médicas que necesite

(45) Cit. en <<http://www.aeafa.es>>, apartado «Efectos Económicos. Gastos Extraordinarios», consulta realizada el 27 de marzo de 2011.

(46) AAP Valencia, Secc. 10.^a, de 6 de mayo de 2010. Cit. en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 49, 4.º trimestre 2010, Editorial Lex Nova, pág. 193.

el hijo y que no estén cubiertas por la Seguridad Social...» (AAP Barcelona, Secc. 12.^a, de 12 de enero de 2000; AAP Almería, Secc. 3.^a, de 15 de noviembre de 2007; AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 13 de noviembre de 2001); así como los derivados de **tratamientos terapéuticos**, que, bajo el mismo presupuesto, se estimen necesarios para la recuperación del hijo/a cuando los tratamientos médicos se han revelado insuficientes (AAP Barcelona, Secc. 12.^a, de 20 de noviembre de 2008, para el caso de **quiropaxis y medicina alternativa**); Los gastos por **salud e higiene bucal y ortodoncia** son extraordinarios (AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 19 de octubre de 2010; AAP Barcelona, Secc. 12.^a, de 20 de noviembre de 2008; AAP Madrid, Secc. 22.^a de 20 de noviembre de 2001); como también gozan de este carácter los gastos por **adquisición de gafas**, no cubiertos por el sistema público de Seguridad Social al que el actor viene adscrito (SAP Asturias, de 30 de mayo de 2005 y SAP Madrid, Secc. 24.^a, de 26 de septiembre de 2002).

- **Gastos por matrícula y formación universitaria:** en principio no son extraordinarios, pero ha de estarse a las peculiaridades del caso concreto (AAP Vigo, Secc. 6.^a, 295/2010). Y en este sentido, las circunstancias concretas a tener en cuenta para desvirtuar la calificación como ordinarios, son la previsibilidad de tales gastos al tiempo de pactar o establecer la pensión alimenticia a favor de la hija/o o la existencia de Universidad Pública en la localidad de residencia del hijo/a común donde éste/a pueda cursar la carrera elegida (AAP Córdoba, Secc. 2.^a, de 14 de mayo de 2008; AAP Madrid, Secc. 24.^a, de 8 de noviembre de 2001 y de 26 de septiembre de 2002). En atención a lo expuesto, **normalmente** los gastos por formación universitaria no van a considerarse como extraordinarios, **y no lo son** los que se inviertan en libros y matrícula universitaria de los hijos, por entenderse incluido su importe en el montante de la pensión alimenticia (SAP Valencia, Secc. 10.^a, de 19 de febrero de 2003). Generalmente estos gastos se identificarán con un aumento de las necesidades del hijo, por lo que la solución más adecuada debería pasar por la acción de modificación de medidas pues las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al pactar o fijar la pensión alimenticia, han cambiado sustancialmente, siendo el momento más adecuado para ventilar esta acción el anterior a aquel en el cual el hijo/a efectivamente se plantea iniciar su formación universitaria.
- **Gastos de desplazamiento del menor o del progenitor,** que sean necesarios para cumplir el régimen de visitas: no participan de la naturaleza de extraordinarios (SAP Sevilla, Secc. 2.^a, de 29 de octubre de 2004).
- **Gastos referidos al uso y a la propiedad de la vivienda.** Los primeros (luz, agua, gas, limpieza y semejantes) han de ser abonados por el cónyuge beneficiario del uso exclusivo del domicilio familiar junto con los hijos comunes, y se entiende que tales gastos forman parte de la prestación alimenticia de los hijos, a los efectos del art. 142 CC. Respecto de los segundos (cuotas de comunidad de propietarios, IBI, pago de las cuotas del préstamo hipotecario contraído para la adquisición del domicilio familiar, seguro de responsabilidad civil y semejantes), no participan de naturaleza de gastos extraordinarios y, en principio, a salvo lo que se haya pactado en el convenio regulador homologado judicialmente o en la propia sentencia o auto de medidas provisionales, deben ser sufragados por los propietarios de la vivienda en función de su participación en la titularidad dominical; es necesario

sin embargo, respecto de las cuotas comunitarias, distinguir las ordinarias de las extraordinarias por derramas comunitarias de esta naturaleza, pues las primeras, que se refieren a gastos de mantenimiento y conservación del inmueble, limpieza, ascensor, luz, agua... comunitarios, deberán abonarse por el cónyuge o progenitor beneficiario del uso exclusivo (SAP Burgos, Secc. 2.^a, de 9 de marzo de 2010).

V. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS, PROPIAMENTE DICHA

Destaca, acertadamente, PÉREZ-SALAZAR RESANO⁽⁴⁷⁾ que «... La experiencia nos demuestra que un altísimo porcentaje de vistas de ejecución por reclamación de gastos extraordinarios encubren serios problemas en el ejercicio conjunto de la patria potestad que tienen reconocido. Y observamos que o no saben siquiera que esa medida la tienen adoptada o ignoran totalmente lo que significa o en el mejor de los casos la conocen pero no saben delimitar qué pueden hacer solos o qué deben consultar ... lo cierto es que el art. 156 CC mantiene como planteamiento inicial el que ambos, padre y madre, han de ejercer conjuntamente la patria potestad, y seguidamente regula la manera en que se han de solventar los conflictos o discrepancias que puedan surgir entre los padres en ese ejercicio. Sin embargo en el último párrafo del precepto se establece que si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, a salvo que el juez determine un ejercicio conjunto en interés del menor y ante la petición del otro progenitor. El precepto convierte en criterio general lo que debería ser la excepción y de hecho lo cierto es que en la práctica las sentencias que se dictan en procesos contenciosos y los convenios reguladores, establecen el ejercicio conjunto salvo que concurran circunstancias concretas que aconsejen lo contrario...».

Ni nuestro Código Civil define, ni tradicionalmente los convenios reguladores de la crisis matrimonial o de pareja, ni las resoluciones contenciosas vienen delimitando qué actos o decisiones se han de entender como potestad ordinaria, y cuáles otros, como ejercicio extraordinario de esa potestad y que por tanto precisan de una decisión común de los progenitores, o en defecto de acuerdo, de resolución de la Autoridad Judicial. Centrándonos en la problemática de los gastos extraordinarios, que constituyen el objeto de este trabajo, no sólo derivan los problemas de ejecución de la insuficiente delimitación en la ejecutoria de tales gastos, sino también de la falta de previsión de los requisitos que han de concurrir para que nazca la obligación de pago de aquéllos. Por ello, en ejecución forzosa, han sido los Tribunales los que han venido estableciendo estas exigencias.

El **art. 156 CC**, párrafo primero, parte de una premisa, a saber, que **«serán válidos los actos realizados por uno de los progenitores conformes al uso social y las circunstancias, así como los que se realicen, aun sin conocimiento del otro, en casos de urgente necesidad, en cuyo caso, la demora en la decisión que conlleva el gasto podría derivar en un perjuicio al menor»**⁽⁴⁸⁾.

(47) PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., *op. cit.*, págs. 6 y 7, sin numerar.

(48) Consideramos de gran utilidad las **Conclusiones** alcanzadas en las **VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas, Barcelona, 1, 2 y 3 de marzo de 2011**, y, respecto al objeto de este trabajo, las que

Creemos de especial trascendencia traer a colación, en este punto de nuestro trabajo, la materia referente a la resolución de las discrepancias entre los progenitores en el ejercicio de su conjunta patria potestad, pues el momento procesal oportuno para que el progenitor reclamado de pago por gastos extraordinarios ya sufragados por el otro **oponga** frente a dicha reclamación su **falta de conocimiento o consentimiento** al desembolso realizado, aunque lo fuere en beneficio del hijo/a común, será el Proceso de Ejecución Forzosa, ya fueren los gastos extraordinarios cuyo pago se demanda, determinados en la ejecutoria, o ya hayan sido declarados como tales en el incidente previsto en el **art. 776.4.^a LEC**, por no haber sido determinados expresamente en aquella resolución.

En otros términos: haber obtenido la declaración de que el gasto que se pretende ejecutar frente al progenitor que no ha contribuido a sufragarlo, es extraordinario, no es una garantía de que el ejecutado pueda ser impetrado, sin más, a su pago forzoso.

1. Requisitos procesales de la demanda ejecutiva. Acumulación de ejecuciones

La demanda ejecutiva por gastos extraordinarios ya satisfechos por uno solo de los progenitores deberá ajustarse a las exigencias contenidas en los **arts. 549 y 550 LEC**.

Como ya hemos apuntado en otro apartado de este trabajo, no será de aplicación el **plazo de espera del art. 548 LEC** para instar el despacho de ejecución forzosa por gastos extraordinarios; por tanto, devengado el gasto extraordinario determinado en el convenio regulador homologado en pleito consensual, o precisado por la sentencia contenciosa, o

bajo el epígrafe «**Nuevas tendencias en la coparentalidad y otras mejoras e iniciativas para mejorar la calidad de la respuesta judicial en los procesos de familia y persona**» han sido consensuadas por el TALLER SEXTO, cuyo **apartado 1** ha sido redactado del modo siguiente: «Es conveniente que las resoluciones judiciales que establecen el ejercicio conjunto de la Patria Potestad por los progenitores contengan una descripción de su contenido y del tipo de decisiones que por su relevancia para los hijos, los progenitores deberán adoptar de común acuerdo, en contraposición a las decisiones menos relevantes, poco trascendentes o rutinarias que podrá adoptar el progenitor con quien se halle el menor en cada momento. La explicación podría ser la siguiente “Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 154 y 156 del CC”. Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro así como todo aquello que conforme al interés prioritario del hijo deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará (debe concretarse el que mejor se acomode al caso concreto) y el otro progenitor deberá contestar... Si no contesta podrá entenderse que presta su conformidad. Ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto al hijo tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y las relacionadas con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quien corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vayan a tener lugar los gastos. Los dos progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de su hijo y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos solicite. El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse».

por auto de medidas provisionales, incluso, recaído el Auto declarativo del incidente tramitado conforme al **art. 776.4.º LEC**, si ha nacido el hecho origen de la demanda ejecutiva por gastos extraordinarios, podrá presentarse la demanda por el progenitor que ha suscitado la necesidad de aquéllos y ha sufragado íntegramente su importe, sin que deba esperar al trascurso de los 20 días hábiles que exige el **art. 548 LEC**⁽⁴⁹⁾.

Debiendo concretar el ejecutante en su demanda la tutela ejecutiva que pretende, y en el caso en estudio, versando la acción sobre el incumplimiento de una obligación pecuniaria, es necesario indicar con la suficiente escrupulosidad la cantidad que se reclama por principal (proporción en que el ejecutado ha de contribuir a sufragar el gasto extraordinario de que se trate), los intereses y las costas del proceso de ejecución que se entabla, sin que proceda la modificación de oficio de las cantidades reclamadas inicialmente en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de que el Tribunal, de oficio, pueda rectificar manifiestos errores aritméticos de cómputo⁽⁵⁰⁾.

Respecto del **interés por mora exigible** al ejecutado, de conformidad con lo establecido en el **art. 576.1 LEC**, será el legal del dinero incrementado en 2 puntos desde la fecha del impago de que se trate (es decir, desde que el importe total del gasto extraordinario fue sufragado por el progenitor ejecutante que hizo frente, a su exclusiva costa, a éste), interés que se entenderá devengado por el mero hecho del incumplimiento, *ope legis*, y sin necesidad de expresa imposición⁽⁵¹⁾.

El principal documento que ha de acompañarse a la demanda de ejecución es el **título ejecutivo**, pero según que el gasto extraordinario cuya ejecución forzosa se pretende, fuere determinado expresamente en la ejecutoria o no, es preciso realizar algunas consideraciones:

- Si los gastos extraordinarios cuyo importe ha sido sufragado por el progenitor que ha suscitado su necesidad, ya fueron determinados en la sentencia de medidas definitivas o en el auto de las provisionales, en principio será título ejecutivo bastante la sentencia (en su caso homologadora del convenio regulador) o auto que estableció la obligación, a cargo de ambos progenitores, de contribuir a la satisfacción de éstos (**art. 517.2, apartados 1.º y 3.º, LEC**).
- Si ha recaído Auto resolutorio del incidente del **art. 776.4.º LEC**, porque los gastos extraordinarios sufragados exclusivamente por el progenitor que suscitó la necesidad de éstos no venían determinados expresamente en el convenio regulador

(49) **Criterios Orientadores** ya citados, año 2003, regla 73.ª a) y b), y **Criterios Orientadores**, también reiteradamente citados, año 2008, Conclusión 4.ª, Mesa Cuarta.

(50) *Vid.* **Criterios Orientadores, Madrid, año 2003**, «Ejecución de sentencias» **conclusión 74.ª a)**: «Toda demanda ejecutiva de reclamación de cantidad, líquida y determinada judicialmente dará lugar a que se dicte Auto despatchando ejecución por la cantidad líquida principal que se reclame y la cantidad presupuestada para intereses y costas (sin determinar)...». Igualmente, los también citados, **Criterios Orientadores, Madrid, 2008, Conclusiones refrendadas por la Mesa Cuarta, apartados 5.º y 6.º, y art. 575.2 LEC**.

(51) **AAP Pontevedra**, Secc. 6.ª, de 17 de diciembre de 2010; **SAPA Coruña**, Secc. 4.ª, de 9 de julio de 2008 y **Criterios Orientadores, Madrid, 2003**, ya citados, apartado «Ejecución de sentencias» 74.ª b), párrafo segundo, «Los intereses sobre cantidades líquidas se reclamarán desde el momento de cada impago, correspondiendo al ejecutante calcular su importe».

homologado por la sentencia consensual, o en la sentencia contenciosa de medidas definitivas o en el auto de medidas provisionales, aquel auto incidental declarativo del concreto gasto extraordinario de que se trate, aun recurrido en apelación (*vid. apartado III.1 de este trabajo*) será título ejecutivo (**art. 517.2.9.ª LEC**) junto con la sentencia o auto que puso fin, definitiva o provisionalmente, a la litis matrimonial o de adopción de medidas en relación con los hijos comunes, pues estas últimas resoluciones vienen a integrar (en cuanto contienen la obligación de pago) a la del **art. 776.4.ª LEC** (meramente declarativa de gasto extraordinario).

Además del título ejecutivo, resultará particularmente útil aportar a la demanda ejecutiva las **certificaciones y extractos bancarios** referidos a la cuenta en la cual el ejecutado debió abonar el importe a que viene obligado por gastos extraordinarios que se le reclama, pues pesa sobre el ejecutante la carga de acompañar a su demanda cuantos documentos considere útiles o convenientes al buen fin de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla (**arts. 550.2 y 575.3 LEC**). Sobre la importancia de justificar documentalmente **la comunicación previa extrajudicial al ejecutado de la necesidad del gasto extraordinario** que se reclama, incidiremos especialmente en los siguientes apartados.

Nada empece, a nuestro juicio, para que en la demanda de ejecución por gastos extraordinarios se acumulen otras pretensiones ejecutivas de distinto objeto pecuniario, pero no de distinta naturaleza. Así ha sido consensuado en los tan reiterados **Criterios Orientadores** consensuados en el **III Encuentro**, celebrado los días 28, 29 y 30 de **octubre de 2008**, entre Magistrados, Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales especializados en la Jurisdicción de Familia, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia —AEAFA—, concretamente en la **Conclusión 8.ª** de la **Mesa Cuarta**, a cuyo tenor, «Las demandas ejecutivas de diferente naturaleza se tramitarán mediante la apertura máxima de tres procedimientos de ejecución: uno para la ejecución dineraria líquida (...) otra para las medidas personales (...) y otra para el lanzamiento...». Igualmente es consensuado, en la **Conclusión 7.ª** que «No se procederá a la ampliación por nuevos vencimientos del art. 578 LEC, cuando el principal inicialmente reclamado haya sido abonado, sin perjuicio de la liquidación de intereses y costas».

2. Supuestos especiales de oposición a la ejecución. Especial referencia a la falta de acuerdo sobre la realización del gasto extraordinario

Llamamos la atención del lector, en este apartado, sobre ciertos supuestos especiales de oposición, respecto de la materia que ocupa el presente estudio.

Como ha sido repetido insistentemente a lo largo de este trabajo, sólo podrá solicitarse ejecución forzosa de gastos extraordinarios, cuando el gasto de que se trate hubiera sido determinado expresamente en la ejecutoria, y si no lo fue, habrá de haberse obtenido la declaración de que goza de naturaleza extraordinaria, previa tramitación del incidente regulado en el **art. 776.4.ª LEC**. En este último supuesto, el Auto de declaración de gasto extraordinario no sólo debe ser exigido por el Tribunal, so pena de denegación del despacho de ejecución (si no fuere subsanado el defecto en el término que al efecto conceda el Tribunal, conforme al **art. 231** en relación con los **arts. 551.1 y 552 LEC**), sino que puede

ser denunciada su falta de acreditación por el ejecutado, en el escrito de oposición por defectos procesales, conforme al **art. 559.1.3.º LEC**.

Dijimos en el **apartado III.4 de este trabajo** que, conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial allí citada, ni en la litis matrimonial o de adopción de medidas en relación a los hijos no matrimoniales, ni en el proceso de ejecución de las medidas acordadas provisional o definitivamente, ni en el incidente de declaración de gasto extraordinario del **art. 776.4.ª LEC**, pueden ser admitidas otras partes, en posición de demandante/demandado o de ejecutante/ejecutado, que los propios cónyuges o progenitores, aun en el supuesto de que el hijo común, beneficiario de los gastos extraordinarios de que se trate, haya alcanzado la mayoría de edad.

La anterior norma general de legitimación puede ser excepcionada en ciertos supuestos, a saber, obtenida en su caso la declaración incidental de gasto extraordinario, podrá entrarse a valorar, en sede del proceso de ejecución forzosa de éste, y tras deducir el ejecutado la **oposición por defectos procesales**, la necesaria intervención en el proceso del hijo mayor de edad, conforme al **art. 559.1.1.º y 2.º LEC**. Aun en este supuesto, únicamente puede prosperar dicha causa de oposición cuando no sólo se esté aduciendo por el progenitor ejecutado el cumplimiento o excusa de cumplir el gasto determinado en la resolución de medidas provisionales o definitivas, o en el Auto que ha declarado extraordinario que ahora se le ejecuta, sino porque esté invocando un hecho extintivo de la obligación de pagar gastos extraordinarios al hijo mayor⁽⁵²⁾, lo que difícilmente prosperará, pues salvo que se invoque un hecho natural extintivo de la obligación de pagar gastos extraordinarios, y que aquél ya viniera previsto en la ejecutoria, el procedimiento adecuado para pretender la extinción de esta obligación de pago, no es, en principio, el proceso de ejecución forzosa de aquéllos, sino el de modificación de medidas del **art. 775 LEC**, por cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de constituir la obligación de contribución a los gastos extraordinarios.

También la **falta de concreción por el ejecutante en las cantidades y conceptos por los que solicita el despacho de ejecución por gastos extraordinarios**, puede ser invocada por el ejecutado como causa de oposición por defectos procesales. En efecto, como ha tenido ocasión de pronunciarse la **Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 22.ª, Auto de 21 de mayo de 2002**, la *inconcreción en el petitum de la demanda ejecutiva, no sólo cuantitativa, sino temporal*, puede ser valorada como un defecto procesal en el modo de proponer aquélla. Denunciado por el ejecutado este defecto, en cuanto motivo de oposición por causas procesales (art. 559.1.3.º LEC), podrá ser acogido pues «... la falta de rigor formal en la localización temporal de lo adeudado dificulta enormemente el derecho de defensa del obligado al pago, al que corresponde la carga de la prueba de este hecho de conformidad con el principio de la carga de la prueba contenido antes en el art. 1214 CC, derogado y sustituido por el art. 217 LEC, y la verificación por el órgano jurisdiccional de la cantidad reclamada...».

(52) Frente a la pretensión del ejecutado, por vía de oposición a la ejecución despachada, de extinción de las obligaciones alimenticias, se entiende que debió traerse al proceso de ejecución al hijo mayor de edad, pues, siendo este supuesto distinto del contemplado en el **art. 93.2 CC** «... ni la ley se pronuncia en tal sentido, ni cabe suponer que teniendo los hijos plena capacidad de obrar y personalidad jurídica puedan estar representados sin más por el cónyuge en cuya compañía vivan...», **SSAP La Coruña, Secc. 3.ª, de 30 de noviembre de 2006 y 21 de septiembre de 2007**. Vid. SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D., *op. cit.* en nota al pie, pág. 6.

En cuanto a la oposición **por motivos de fondo**, remitimos a la exégesis recogida en el **apartado IV.2 de este trabajo**, bien entendido que en el proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios entrará a valorarse, previa oposición del ejecutado, si el gasto reclamado es extraordinario o no, cuando éste ha sido determinado expresamente como tal, a juicio del ejecutante, en la ejecutoria. En caso contrario, es decir, si la ejecutoria no mencionó expresamente el gasto que se reclama como extraordinario, habrá sido en el incidente tramitado conforme al **art. 776.4.ª LEC** donde se habrá valorado y concluido, en su caso, la naturaleza extraordinaria del gasto, por lo que en el Proceso de Ejecución Forzosa por el gasto declarado como tal, no es posible reconsiderar aquella declaración (**art. 222.4 LEC**).

A) *El acuerdo o comunicación previa entre los progenitores sobre la realización del gasto extraordinario. Más que una deseable práctica*

Viene entendiéndose reiteradamente por la **Jurisprudencia** de las Audiencias Provinciales que determinados gastos extraordinarios deben contar con el consentimiento previo de los progenitores o, en su defecto, con autorización judicial, para que puedan quedar vinculados ambos a la cobertura de los mismos, **a salvo** los casos de concurrencia de *circunstancias «absolutamente urgentes, necesarias y perentorias»*, que se opongan a dicho acuerdo o autorización previas (citamos, entre muchas, SAP Málaga, Secc. 6.ª, de 18 de diciembre de 2009; SAP Madrid, de 27 de enero de 2006, referidas a **tratamientos médicos**; AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 1 de octubre de 2009, respecto de **clases extraescolares y actividades artísticas, cursos de verano en el extranjero y campamentos**; la SAP Asturias, Secc. 5.ª, de 30 de mayo de 2006, referida a **cursos de perfeccionamiento en idiomas encaminados a la formación del hijo común en el extranjero** para el próximo año universitario; AAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 20 noviembre de 2008, respecto de **la actividad extraescolar consistente en clases de música y piano**; respecto de **gastos por asistencia a colonias y excursiones**, AAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 14 de enero de 2010; respecto de los **honorarios por terapia psicológica**, AAP Baleares, Secc. 5.ª, de 28 de marzo de 2006 y SAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 15 de julio de 2004).

No concurriendo las *circunstancias urgentes, necesarias y perentorias* a las que se ha hecho referencia, habrá de atenderse, en primer lugar, al tenor del convenio regulador homologado judicialmente, o al de la resolución que ha acordado, en proceso contencioso, la medida de gastos extraordinarios; y ello es lógico, si pensamos que en estos supuestos de no urgencia y perentoriedad, lo que es extraordinario puede diferir mucho entre una familia y otra, atendida su situación económica y cultural, antes y después de la crisis de pareja.

Por ello, en primer lugar habrá de estarse a lo que se convino o acordó respecto de la necesidad de consentimiento expreso de ambos progenitores para la realización de tales gastos⁽⁵³⁾; por el contrario, ante la ausencia de dicha exigencia, viene prosperando jurisprudencialmente la ejecución forzosa, si se considera que concurrió el consentimiento tácito

(53) Los **Criterios Orientadores** consensuados en el año **2008**, ya citados, concluyen en proponer, como **regla 6.ª, párrafo segundo, de las Conclusiones de la Mesa Cuarta**, «... delimitar tanto en los convenios como en las

del ejecutado, al no haber expresado contundentemente su oposición al acto que conlleva el gasto extraordinario objeto de reclamación.

Partiendo de la doctrina anteriormente expuesta, nos detendremos seguidamente en la forma que ha de revestir el acuerdo entre los progenitores, sobre el desembolso que obedece a la necesidad del gasto extraordinario no urgente, y la forma de suplir dicho acuerdo.

*B) Forma que ha de revestir el acuerdo sobre el gasto extraordinario.
¿Basta la mera comunicación de la necesidad?*

Concluye NÚÑEZ BOLAÑOS⁽⁵⁴⁾, que «... si el devengo del gasto extraordinario no es inmediato, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente. Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor». PÉREZ MARTÍN⁽⁵⁵⁾ señala que «... la regla general es que los gastos extraordinarios deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía, y, a falta de acuerdo, que sea autorizado judicialmente...».

En este sentido, igualmente, la **SAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 9 de julio de 2009**, señala que los gastos extraordinarios «... entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc., no incluidos en la Seguridad Social o Seguro privado), no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución (...). Sólo los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren este acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial...»⁽⁵⁶⁾.

Partiendo de lo anterior, deberemos plantearnos qué sucederá en el caso de que la ejecutoria nada haya establecido sobre la **proporción en la cual los progenitores han de contribuir a sufragar los gastos extraordinarios ya devengados**, y, en definitiva, cuál será el cauce procesal oportuno en el que esta incidencia habrá de suscitarse y resolverse. A tal fin, entendemos que dada la limitación legal del objeto a debatir en el incidente regulado en el **art. 776.4.º LEC**, no es posible acumular esta pretensión a la declarativa incidental

sentencias, lo que se considera gastos extraordinarios, así como la forma y modo de prestar el consentimiento y su constancia (tácito o expreso)».

(54) Con cita de **AAP Barcelona, de 27 de febrero de 2004**, «... El concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso (...) y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible otra manera...», *op. cit.*, págs. 183 y 184.

(55) PÉREZ MARTÍN, A.J., *op. cit.*, págs. 650 y 651.

(56) SÁNCHEZ LÓPEZ, A.D., *op. cit.*, pág. 33, con cita de *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, n.º 46, enero-marzo 2010, pág. 163.

y, por tanto, será el proceso de ejecución forzosa que se entable para impetrar la vía de apremio frente al progenitor que no ha contribuido a sufragar el gasto declarado como tal, el cauce procesal adecuado para hacerlo, y como incidente del mismo.

Volviendo al consentimiento del progenitor ejecutado, no sólo se entenderá prestado cuando expresamente así se hace constar la anuencia a la realización de la actividad que conlleva el gasto extraordinario, sino en otras situaciones en las cuales, por actos anteriores o posteriores a ésta, se entiende consentido tácitamente por el progenitor que no ha suscitado su necesidad. Esta previsión ya viene contenida en el **art. 156, párrafo primero, CC y**, en este sentido, el **AAP Las Palmas, Secc. 3.^a, de 13 de marzo de 2006**, con cita de **AAP Barcelona, Secc. 12.^a, de 6 de junio de 2002**, estableció que «... si su devengo no es inmediato, tanto en los casos en los que expresamente se han previsto los conceptos, como en los que no lo han sido, es necesario que el progenitor que suscita la necesidad del gasto lo comunique fehacientemente al otro para que éste pueda consentir expresamente —también de forma fehaciente— o pueda asentir a la misma dejando transcurrir los treinta días desde la notificación de la propuesta de conveniencia del gasto, tal como prevé expresamente el art. 139.4 del Código de Familia de Cataluña. Si se trata de un gasto urgente, una vez devengado se notificará al otro progenitor para que, de igual manera, pueda formular su oposición, que habrá de ser resuelta entonces por decisión judicial, tal como prevé el art. 138 de dicho texto legal...»⁽⁵⁷⁾.

Entre otros casos, encontramos en la jurisprudencia referencias al **consentimiento tácito del ejecutado** en:

- La conformidad del progenitor a la asistencia del hijo en años anteriores a clases de refuerzo, y aunque no se haya notificado previamente la necesidad del desembolso al progenitor no custodio, unida a la necesidad del hijo de seguir acudiendo a dichas clases, conlleva la desestimación de la oposición a la ejecución por tales gastos extraordinarios, **AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 13 de diciembre de 2002**.
- Procede desestimar la oposición del ejecutado por los gastos extraordinarios sufragados por la Primera Comunión del hijo, ya que «... si la menor tomó la Primera Comunión es porque, en su día recibió el sacramento del Bautismo, y si lo recibió es porque el padre lo consintió y aceptó que la menor se educara en la religión católica, y por tanto, aceptó —cuando menos tácitamente— que en el futuro la niña tomara la Primera Comunión, y en su consecuencia todas las circunstancias derivadas de tal trascendental día para un católico, celebrado con una vestimenta especial y acompañado usualmente de una comida o acto similar para que el niño lo comparta con familiares y amigos. De ello, colegía la resolución, que en definitiva, el padre consintió, y no puso obstáculo alguno, o al menos no consta así acreditado, a que su hija recibiera la Primera Comunión, lo que equivalía a considerar justificado el desembolso que se efectúa para la adquisición del vestido de la niña...», **SAP Málaga, Secc. 6.^a, de 24 de enero de 2006**⁽⁵⁸⁾.

(57) NÚÑEZ BOLAÑOS, M., *op. cit.*, pág. 187.

(58) Resolución comentada por PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., *op. cit.*, págs. 14 y 15, sin numerar.

Por lo anteriormente expuesto, habremos de detenernos en la forma en la cual el progenitor que suscita la necesidad del gasto extraordinario no urgente debe comunicarse con el otro para que éste pueda consentir u oponerse. Así pues, reiteradamente se viene pronunciando la jurisprudencia en el sentido de que dicha comunicación ha de ser *fehaciente*, en el sentido de que deje constancia de su emisión por un progenitor y recepción por el otro (SAP Madrid, Secc. 24.ª, de 29 de septiembre de 2003; SAP Baleares, Secc. 3.ª, de 11 de marzo de 2003; SAP Navarra, Secc. 2.ª, de 15 de octubre de 2002). Acreditada la recepción de la comunicación, la falta de oposición expresa del receptor (progenitor que no ha suscitado la necesidad del hecho origen del gasto extraordinario), equivaldrá a su consentimiento tácito, derivando de ello el efecto de poder ser compelido al pago de los gastos originados en la proporción que se estableció en el título ejecutivo.

Por falta de acuerdo previo (expreso o tácito) de los progenitores o, en su defecto, **de la autorización judicial** que trataremos en el apartado siguiente, **prospera, por motivos de fondo, la oposición del ejecutado** a la reclamación forzosa de gastos extraordinarios, entre otros, en los siguientes supuestos:

- **Gastos por asistencia a colegio privado**, al venir incluida la asistencia a colegio público, al que acudía el hijo menor, dentro de la pensión alimenticia, SAP Valencia, Secc. 10.ª, de 30 de octubre de 2003; AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 28 de enero de 2008.
- **Gastos por asistencia a clases extraescolares y actividades artísticas, música, cursos de verano en el extranjero y campamentos**, AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 1 de octubre de 2009; AAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 20 de noviembre de 2008; AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 18 de enero de 2008 y de 27 de enero de 2006, y SAP Asturias, Secc. 5.ª, de 30 de mayo de 2006.
- **Gastos por asistencia a colonias y excursiones**, AAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 14 de enero de 2010.
- **Gastos por asistencia a terapia psicológica**, y otros gastos médicos, AAP Baleares, Secc. 5.ª, de 28 de marzo de 2006⁽⁵⁹⁾ y AAP Madrid, Secc. 22.ª, de 27 de enero de 2006.

Concluimos este apartado con la interesante reflexión que NÚÑEZ BOLAÑOS realiza respecto de las consecuencias en el proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios de la falta de comunicación al progenitor que no ha suscitado la necesaria realización del hecho constitutivo de éstos, a saber «... No puede nacer la deuda si no se conoce de la existencia de dicho gasto. No se puede pagar un gasto que se desconoce. Interponer una demanda ejecutiva sin previo requerimiento supone crear un gasto judicial innecesario para quien no ha manifestado su voluntad de no pagar...»⁽⁶⁰⁾.

(59) Vid., igualmente, AAP Barcelona, Secc. 12.ª, de 15 de octubre de 2002 y AAP Barcelona, Secc. 18.ª, de 22 de julio de 2004.

(60) NÚÑEZ BOLAÑOS, M., *op. cit.*, pág. 188.

VI. EL PROCEDIMIENTO DEL ART. 156 CC ANTE LA FALTA DE ACUERDO
SOBRE GASTOS NO URGENTES

El antes citado **AAP Las Palmas, Secc. 3.^a, de 16 de marzo de 2006**, destacado como muy ilustrativo por NÚÑEZ BOLAÑOS⁽⁶¹⁾, a los efectos que nos ocupan en este apartado, razona que «... Para considerar nacida la deuda en principio genérica e ilíquida por gasto extraordinario es preciso realizar unos previos actos de relación con el cotitular de la patria potestad —ya que lo que es extraordinario sobrepasa las facultades de ejercicio ordinario de la patria potestad (...) y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el modo de vida del menor—, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera...».

El ya aludido **art. 156 CC, párrafo segundo**, tras atribuir a ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad, o a uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, establece que

«En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre».

Es significativo, en este sentido, que la propia **Exposición de Motivos 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** y «... con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor...» no sólo establece la **mediación** como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares, sino que, frente al anterior modelo culpabilista que alejaba al «culpable» de una relación fluida con la prole, acarreando para los hijos innecesarios perjuicios en su desarrollo personal, sienta un nuevo modelo en el cual, y en todo caso, «... los progenitores determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad⁽⁶²⁾».

A lo largo de este trabajo hemos citado numerosas resoluciones que exigen el consentimiento de ambos progenitores en cuanto a la realización del hecho, no urgente, origen del gasto extraordinario y, en defecto de tal acuerdo, que tanto puede obedecer a diferencias de criterios entre aquéllos, no sólo económicos, sino también educativos, sanitarios, religiosos, alimenticios y, en fin, cualesquiera otros que van a afectar al desarrollo integral del menor, legitima a cualquiera de los progenitores para solicitar la autorización judicial al respecto. Pero esta posibilidad precisa de varias consideraciones que exponemos seguidamente:

(61) NÚÑEZ BOLAÑOS, M., *op. cit.*, pág. 185.

(62) *Vid.* BOE n.º 163, de 9 de julio de 2005.

- El procedimiento al que se refiere el **art. 156, párrafo segundo, CC** es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que no forma parte del proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios, sino que ha de tramitarse con anterioridad, no sólo a la interposición de la demanda ejecutiva, sino antes de que el progenitor que ha suscitado la necesidad contraiga dichos gastos, si bien los efectos del procedimiento de jurisdicción voluntaria van a repercutir en el ulterior proceso de ejecución forzosa.
- Son extensibles al procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 156 CC las prevenciones que en apartados anteriores hemos realizado respecto de la legitimación, activa y pasiva, intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación del procedimiento y Tribunal competente para conocer de éste. Respecto a la intervención del Ministerio Fiscal, será preceptivo, antes de dictar resolución definitiva, conferirle traslado para dictamen⁽⁶³⁾.
- En materia de defensa y representación técnicas, habrá de estarse a lo previsto en los **arts. 4 y 10 LEC de 1881** por remisión de la Disposición Derogatoria Única 1.1.^a de la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, no es necesaria la representación por Procurador, pero sí la defensa letrada, si el coste previsible del gasto extraordinario sobre cuya necesidad se impetra una decisión excede de 400.000 pesetas.
- El procedimiento ha de comenzar con una solicitud y en su **tramitación** se regirá por las disposiciones contenidas en los **arts. 1811 y ss. LEC de 1881**, pero no es de aplicación la disposición contenida en el **art. 1817** de dicha ley de ritos. Es decir, la oposición del demandado no tornará en contencioso el expediente.
- La audiencia del hijo menor viene impuesta por el **art. 9** de la **Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996**, de 15 de enero, y el principio de *favor filii*, conforme al **art. 2** de la misma ley, constituirá la piedra angular de la resolución que se adopte. Por tanto, dado que se trata de resolver lo que es mejor para la protección y desarrollo del hijo, entendemos que el Tribunal, incluso de oficio, ha de acordar la audiencia no sólo del interesado menor, sino aun del que ha alcanzado la mayoría de edad, lo que a mayor abundamiento viene expresamente previsto en el **art. 1813 LEC de 1881**.
- La resolución que ponga fin a este procedimiento no decide sobre la necesidad de realizar el gasto extraordinario, sino que atribuye a uno de los progenitores la facultad de decidir sobre si se realiza o no el hecho que constituirá su origen.
- Contra la resolución que ponga fin al procedimiento **no cabe Recurso de Apelación**, como se desprende del **apartado segundo del art. 156 CC**, pues «... el juez atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir...» a uno u otro progenitor. Así se ha pronunciado en numerosas ocasiones la jurisprudencia, entre otras resoluciones, AAP Madrid, Secc. 22.^a, de 25 de mayo y 7 de noviembre de 2008; AAP Barcelona, Secc. 12.^a, de 28 de junio de 2007; AAP Zaragoza, Secc. 4.^a, de 7 de abril de 1998⁽⁶⁴⁾.

(63) Art. 1815 LEC de 1881.

(64) Citadas por SÁNCHEZ LÓPEZ, A. D., *op. cit.*, pág. 25.

- La tramitación de este procedimiento excluye la necesidad de tramitar el incidente declarativo del **art. 776.4.ª LEC**, pues en el caso de gastos extraordinarios no expresamente previstos en el título ejecutivo, la cuestión planteada por el solicitante inicial conllevará la decisión sobre la naturaleza del gasto para cuya realización se impetra autorización judicial.

Es forzoso destacar, antes de finalizar este apartado, que, en el marco de la regulación foral, el **art. 74.1 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón**, al que nos referimos en el siguiente epígrafe, para el caso de discrepancias en el ejercicio de la Autoridad Familiar, faculta a cualquiera de los progenitores a acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si aquéllos no prefieren acudir a la Junta de Parientes, con idéntico fin. Si las divergencias fueren reiteradas o concurre otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuir ésta, total o parcialmente, a uno solo de los progenitores, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a dicha autoridad, por el plazo que se fije, según el **apartado 2** del precepto citado.

VII. LA REGULACIÓN FORAL DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

Es preciso, antes de finalizar este trabajo, analizar la legislación foral de la Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Valencia, pues en dichas Comunidades habrá de estarse al contenido de las respectivas regulaciones civiles propias para resolver los problemas que atañen a la ejecución forzosa judicial de los gastos extraordinarios.

Las normas forales a tener en cuenta son:

- **Ley 25/2010, de 29 de julio, reguladora del Libro II, relativo a la persona y a la familia, del Código Civil de Cataluña** (publicada en DOGC de 5 de agosto de 2010), que ha entrado en vigor el pasado 1 de enero de 2011⁽⁶⁵⁾.
- **La Ley Valenciana, 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven**, publicada en DOCV n.º 6495, de 5 de abril de 2011, que ha entrado en vigor a los 30 días de dicha publicación.
- **Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón**, por el que se aprueba el «**Código de Derecho Foral de Aragón**» (**Texto Refundido de Leyes Civiles Forales Aragonesas**), publicada en BOE de 29 de marzo de 2011, y ha entrado en vigor en fecha 23 de abril de 2011.

(65) La **Disposición Transitoria Tercera** de la ley catalana dispone la aplicación de la normativa vigente al momento de iniciarse los procesos matrimoniales en trámite a fecha 1 de enero de 2011. En cuanto a los efectos de la nulidad, separación o divorcio judiciales, decretados al amparo de la normativa derogada, se mantendrán, sin perjuicio de la aplicación del Código Civil en los procesos matrimoniales que puedan entablarse entre los propios cónyuges después de la entrada en vigor de esta ley, y con la posibilidad de modificación de las medidas por circunstancias sobrevenidas.

1. Los gastos extraordinarios en la legislación foral aragonesa

El Código de Derecho Civil Foral de Aragón, atribuye el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, a ambos padres, salvo los casos legalmente previstos, según establece el **art. 63**, pues aunque los progenitores no ostenten la autoridad familiar, o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de velar por él y de informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo (**art. 59**). El deber de crianza y educación de los hijos incluye las obligaciones de proveer al sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus respectivas posibilidades, educarlos y procurarles una formación integral (**art. 65**). Aunque el hijo sea mayor de edad, o esté emancipado, si no hubiere completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de su propia crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. En todo caso, se extinguirá esta obligación de alimentos al cumplir el hijo los 26 años, a no ser que convencional o judicialmente se hubiera fijado una edad distinta, y sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos (**art. 69**).

Previsto el pacto de relaciones familiares, en el caso de ruptura matrimonial, como un componente necesario del proceso judicial, el **art. 77** establece que, como mínimo, dicho pacto ha de contener la participación de cada uno de los progenitores en los gastos ordinarios de los hijos (incluidos los mayores y emancipados) así como la previsión de gastos extraordinarios (cuyo concepto no define) y la aportación de cada progenitor a éstos. Dicho pacto, y cualquier modificación ulterior de éste, producirá sus efectos, cuando sea aprobado por el Juez, oído en su caso el Ministerio Fiscal⁽⁶⁶⁾.

El **art. 82.4** distingue en materia de gastos extraordinarios los necesarios de los no necesarios.

Los **gastos extraordinarios necesarios** serán sufragados por ambos progenitores en proporción a los respectivos recursos económicos disponibles, y los **no necesarios** serán sufragados conforme a lo pactado por los progenitores, y en defecto de pacto, serán abonados por aquél de ellos que haya decidido la realización del mismo.

Estas prevenciones, que han de entenderse para el caso de ruptura matrimonial, son igualmente aplicables en los casos de procesos de guarda y custodia de parejas no matrimoniales con hijos menores a cargo (**art. 75.1**), pretendiendo el legislador foral aragonés promover, con la regulación en estudio, la continuidad en las relaciones de los padres con sus hijos comunes, mediante la participación responsable, igualitaria y compartida en la crianza y educación de aquéllos (**art. 75.2**), de modo que la ruptura de la convivencia no afecte a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar (**art. 76.1**).

(66) La falta de aprobación judicial del pacto modificativo surtirá sus efectos en el proceso de ejecución forzosa por gastos extraordinarios, en la materia que nos ocupa, pues la oposición del ejecutado por motivos de fondo, basada en el pacto que en referencia a los gastos extraordinarios no haya sido aprobado judicialmente, no prosperará, por no cumplir la exigencia legal que para su eficacia jurídica se establece en el **art. 77** de la ley foral en estudio.

2. Los gastos extraordinarios en la legislación foral valenciana

La **Ley foral 5/2011**, a tenor de su **art. 1**, será de aplicación respecto de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, en caso de ruptura de éstos, cuando ostenten la vecindad civil valenciana, y sin perjuicio de la aplicación supletoria del Código Civil común, en lo no regulado foralmente (**Disposición Final Segunda**).

Distingue la ley valencia entre **gastos ordinarios y extraordinarios** en relación con los hijos e hijas menores, definiendo los primeros [**art. 3.e**] como aquellos que se precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período, entendiéndose siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia.

Son gastos **extraordinarios** [**art. 3.f**] los que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional.

Consagrado en el texto foral el **pacto de convivencia familiar** como aquel que puede ser convenido entre los progenitores cuando no convivan, o cuando su convivencia haya cesado, como mínimo, deberá establecer, entre otros particulares, «... la cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas» [**art. 4.2.d**]. En defecto de pacto de convivencia familiar consensuado por los progenitores, la contribución de éstos a los gastos de atención a los hijos e hijas serán determinados judicialmente en función de los recursos económicos de cada progenitor (**art. 7.1 y 2**); **los extraordinarios** serán sufragados conforme a lo pactado y, en defecto de pacto, resolverá el Juez la contribución de cada progenitor con independencia de quien satisfizo el gasto extraordinario de que se trate, o de que el régimen de convivencia con el hijo menor sea o no compartido (**art. 7.3**). En cualquier caso, los **gastos necesarios de educación y formación** no cubiertos por el sistema educativo y **los de salud**, no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial, en defecto de pacto de aquéllos al respecto.

3. Los gastos extraordinarios en la legislación foral catalana

Según el **Preámbulo** de la **Ley foral catalana 25/2010**, toda propuesta de los progenitores respecto de su responsabilidad con los hijos tras la ruptura matrimonial debe incorporarse al proceso judicial como *plan de parentalidad*, que es un «instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, y en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos (...) tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como contencioso, los cónyuges deben anticipar los criterios de resolución...» de cuantos conflictos puedan suscitarse en un futuro, por consecuencia del cumplimiento de las medidas que hayan sido acordadas. El contenido del plan de parentalidad viene establecido en el **art. 233-9** y, en el supuesto de crisis matrimonial, deberá acompañarse a la demanda origen del pleito, de mutuo acuerdo, o presentada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, junto con el convenio regulador, integrando el mismo [**art. 233-2.2.a**)].

El **art. 233-8** de la ley que se analiza en este apartado, establece que la nulidad, divorcio o separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el **art. 236-17.1** y, en consecuencia, estas responsabilidades, tras la ruptura matrimonial, conservan su carácter compartido entre ambos progenitores; por ello, y respecto a la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, el régimen de custodia acordado no altera el contenido de la misma respecto de los hijos menores, si bien es preciso ponderar, a tal fin, el tiempo de permanencia de éstos con cada progenitor y los gastos que cada uno de ellos ha asumido pagar directamente (**art. 233.10.3**).

Definidos los **alimentos de origen familiar**, con carácter general, en el **art. 237.1** como todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos de formación si ésta es menor, y de continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no ha terminado antes aquella por una causa que no sea imputable al alimentista, los deberes de asistencia entre los progenitores y sus hijos se regularán por los acuerdos específicos adoptados y, subsidiariamente, por lo establecido en el **capítulo VII, Título III, Libro II**, del Código Civil Catalán.

Suscitado el pleito matrimonial, el convenio regulador de los efectos de la ruptura, en el campo de las medidas definitivas, deberá referirse, cuando existan hijos menores comunes bajo la potestad de ambos cónyuges, a **los alimentos**, que deben prestarles, tanto respecto de las **necesidades ordinarias**, como de **las extraordinarias**, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización económica, y garantías [**art. 233-2.b**]). Igualmente, podrán convenirse alimentos a favor de los hijos mayores de edad o emancipados que no dispongan de recursos económicos propios (**art. 233-4**)⁽⁶⁷⁾.

Si el plan de parentalidad y/o convenio regulador no fueren aprobados judicialmente, corresponderá a la autoridad judicial adoptar las medidas necesarias, a los mismos respectivos fines (**art. 233-10.3**), al igual que judicialmente serán acordadas las medidas provisionales o definitivas que procedan (**art. 233-1 y 4**), entre otras, relativas al ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos aun a favor de los hijos mayores de edad o emancipados, y a instancia del cónyuge con el que convivan⁽⁶⁸⁾, teniendo en cuenta lo establecido en el **art. 237-1**, pudiendo mantenerse dicha obligación alimenticia a favor de estos últimos hasta que gocen de ingresos propios o estén en disposición de tenerlos.

Atendida la falta de referencia legal expresa a la necesidad de comunicación previa entre los progenitores sobre la necesidad de realizar gastos extraordinarios a favor de los hijos comunes y las consecuencias de ésta o de su omisión⁽⁶⁹⁾, entendemos que el conte-

(67) Respecto a las medidas provisionales, *vid.* **art. 233-1**.

(68) Lo que viene a significar una **norma procesal de legitimación activa ad causam**, dentro de la regulación foral sustantiva, en el sentido ya estudiado con carácter civil común en el **apartado III.4** de este trabajo.

(69) Como sí regulaban los derogados **arts. 138 y 139**, distinguiendo los **gastos extraordinarios urgentes** de los **no urgentes**, de modo que, tratándose de los primeros, una vez devengados, habrían de ser notificados al progenitor que no suscitó su necesidad, para que pudiera formular oposición a su realización, en cuyo caso debería resolverse la controversia, al respecto, judicialmente. Tratándose de gastos extraordinarios no urgentes, era preciso, conforme al **art. 139**, que el progenitor que suscitare la necesidad del gasto lo comunicase fehacientemente al otro, para que éste, o bien consintiera fehacientemente, o asintiera, dejando transcurrir 30 días desde la notificación del otro, sin oponerse expresamente, o por el contrario, se opusiera.

nido del plan de parentalidad regulado en el **art. 233-9**, particularmente conforme a los **apartados f), g), h)**⁽⁷⁰⁾, permitirá la regulación particularizada de los cónyuges al respecto, y en previsión de los gastos extraordinarios que a favor de los hijos comunes y al margen de la pensión alimenticia ordinaria, puedan suscitarse en un futuro⁽⁷¹⁾.

Se consagra legislativamente la doctrina jurisprudencial relativa a la eficacia jurídica de los pactos adoptados por los cónyuges en regulación total o parcial de los efectos de la crisis conyugal, aun cuando no hayan sido homologados judicialmente⁽⁷²⁾. El **art. 233-5** reconoce, pues, la eficacia y validez jurídicas de tales pactos al margen del convenio regulador, bien hayan sido adoptados antes de la ruptura matrimonial, en previsión de ésta, o tras la ruptura, y así, los pactos adoptados antes de la ruptura, en previsión de ésta, y en regulación de sus consecuencias, vincularán a los cónyuges, como también vendrán vinculados por los adoptados tras la ruptura, con la salvedad de que si se convinieron sin asesoramiento letrado independiente para cada uno de los cónyuges, podrán dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos en los tres meses siguientes a su adopción, y hasta la presentación de la demanda o reconvencción.

Según el **apartado 3** de este último precepto citado, los pactos referidos a la guarda, relaciones personales con los hijos menores y alimentos a favor de éstos, sólo serán eficaces si son conformes a su interés en el momento en el cual se pretenda su cumplimiento.

A nuestro modo de ver, la importancia de este **art. 233-5** y sus repercusiones en la ejecución forzosa de los gastos extraordinarios acordados en relación con los hijos comunes no pueden ser pasadas por alto.

En efecto, el **párrafo 1 del art. 233-5** permite que para dotar de homologación judicial al pacto no incluido en el convenio regulador, cualquiera de los cónyuges pueda llevarlo al proceso matrimonial, acumulando la acción judicial para exigir su cumplimiento a la acción matrimonial, pero ni este trámite, ni este momento procesal es preclusivo para exigir el cumplimiento de lo convenido (sin perjuicio de estar sometido a la prescripción de las acciones personales no sujetas a término propio), pues como se desprende claramente del mismo apartado, así como de los **siguientes, 2 y 3** del precepto en estudio, el pacto ya gozará de eficacia jurídica y plena validez contractual, siempre que hayan concurrido en sus firmantes los requisitos de consentimiento, objeto y causa, y no concurra vicio de la voluntad que pueda invalidarlo. De lo que no gozará el pacto al que se refiere el **art. 233-5** será de fuerza ejecutiva, a los efectos del **art. 517 LEC**, si no son sus cláusulas cumplidas voluntariamente, y es preciso impetrar la ejecución forzosa de aquéllas.

(70) Pues conforme al **art. 233-9.f)** podrán convenirse, para el caso de ruptura matrimonial, los compromisos adquiridos por los cónyuges sobre los extremos relativos al tipo de educación, actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede, de los hijos, y sobre la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre educación, salud y bienestar de los mismos [**art. 233-9.g)**], así como las cuestiones relativas a posibles cambios futuros de domicilio y otras cuestiones relevantes para los hijos [**art. 233-9.h)**].

(71) Reguladas las **parejas estables no casadas** en el **capítulo IV** de la Ley 25/2010, este precepto y las conclusiones expuestas han de considerarse extensivas cuando existan hijos comunes, en caso de ruptura de la unión no matrimonial, de conformidad con lo establecido en el **art. 234-7**, que remite a la regulación contenida en los **arts. 233-8 a 233-13**.

(72) Entre muchas, SSTS, Sala 1.ª, de 15 de febrero de 2002; 22 de abril de 1997; 19 de diciembre de 1997; 24 de abril de 1997; 26 de enero de 1993; 25 de junio de 1987; SAP Madrid, Secc. 19.ª, de 8 de noviembre de 2002; SAP Navarra, Secc. 2.ª, de 16 de diciembre de 2002.

Lo que el **art. 233-5.1** permite es que, en aras a la celeridad de la ejecución judicial de lo convenido, la acción judicial para exigir el cumplimiento de lo pactado extrajudicialmente, al margen del convenio regulador de los efectos de la crisis matrimonial, pueda ser acumulada a la acción de nulidad, separación o divorcio (aun contenciosas) para que, reconocida en la misma litis matrimonial la eficacia jurídica de lo acordado, la sentencia matrimonial que recaiga, dote al propio tiempo de fuerza ejecutiva a los pactos indicados. Referidos tales pactos a los gastos extraordinarios respecto de los hijos menores, conforme al **art. 233-5.3**, será dentro del proceso matrimonial (en el que acumuladamente se conoció de la eficacia jurídica del pacto convenido al margen del convenio regulador) o bien, en el pleito ordinario que corresponda, en el que se ha ejercitado independientemente la acción para exigir su cumplimiento, cuando el demandado podrá oponer el interés superior del hijo menor para destruir la pretensión de eficacia jurídica y exigencia de cumplimiento impetrada por el cónyuge-contratante que ha ejercitado la acción judicial de cumplimiento de lo acordado⁽⁷³⁾.

VIII. CONCLUSIONES

- El procedimiento de declaración de gasto extraordinario del **art. 776.4.º LEC** no es proceso de ejecución forzosa de familia; es anterior a éste e incidental del pleito matrimonial o de adopción de medidas en relación a los hijos menores no matrimoniales, que ha impuesto a los cónyuges o progenitores la obligación de contribuir a los gastos extraordinarios a favor de los hijos comunes, y tiene por objeto exclusivo obtener una resolución judicial declarativa de que el gasto ya sufragado por uno solo de los progenitores es extraordinario, y ello con el fin de impetrar la ejecución forzosa frente al otro progenitor que se niega a abonar la parte a la que judicialmente viene compelido.
- Sólo están legitimados los progenitores para actuar como demandantes y demandados en el procedimiento incidental de declaración de gasto extraordinario.
- Es precisa la defensa y representación técnica del demandante y demandado, desde la presentación de la solicitud inicial hasta la finalización del procedimiento, a salvo el supuesto en el que el primer escrito del demandado, evacuando el traslado conferido de la solicitud inicial, se limite a manifestar su conformidad con ésta.
- Es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados (progenitores o hijos comunes afectados por la declaración de gasto extraordinario) sean menores, incapaces o estén incurso en ausencia legal, bajo sanción de nulidad de actuaciones.
- Es recomendable acompañar a la solicitud inicial del incidente de declaración de gasto extraordinario, la reclamación previa extrajudicial de pago al progenitor deudor, a fin de vedar la alegación de ausencia de mala fe al momento de resolver sobre la imposición de costas del incidente. El momento procesal adecuado para la aportación

(73) Respecto de los pactos convenidos, en previsión de una ruptura, por parejas estables no matrimoniales, conforme a la **Disposición Transitoria Cuarta** de la Ley 25/2010, conservarán su validez siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por la legislación vigente al tiempo en que fueron adoptados.

- del resto de pruebas, documentales o de otra clase, será el de la vista de juicio verbal, convocada en el caso de que el demandado incidental se oponga a la solicitud inicial.
- Aun cuando la resolución que impuso la obligación de contribuir a los gastos extraordinarios no sea firme por haber sido recurrida, puede iniciarse el incidente del **art. 776.4.^a LEC**. Lo contrario vedaría el acceso a la ejecución forzosa de la sentencia y contraveniría el principio de inmediata ejecutividad de las medidas contenidas en la resolución matrimonial o de adopción de medidas respecto de hijos de parejas de hecho.
 - Obtenida la declaración de gasto extraordinario, aun cuando la resolución que así lo acuerda no sea firme, será inmediatamente ejecutable, completándose la resolución que puso fin al pleito matrimonial o de adopción de medidas respecto de hijos no matrimoniales, con la resolución incidental a los efectos establecidos en el **art. 549 LEC**.
 - La ausencia de comunicación previa de la necesidad de gasto no urgente o suntuario desplegará sus efectos en el proceso de ejecución forzosa, una vez obtenida la declaración de gasto extraordinario, y por vía de oposición del ejecutado, por motivos de fondo, a la ejecución en su contra despachada.
 - Las discrepancias entre los progenitores sobre la necesidad de realización de un gasto extraordinario no urgente deben dilucidarse a través del procedimiento de Jurisdicción Voluntaria regulado en el **art. 156 CC**; en ningún caso puede reputarse adecuado el cauce establecido en el **art. 776.4.^a LEC**, pues su objeto es distinto y presupone un gasto ya realizado.
 - La resolución recaída en el procedimiento del **art. 156 CC**, excluye la necesidad de acudir al incidente del **art. 776.4.^a LEC**, para obtener la declaración de gasto extraordinario, pues el Auto que pone fin al procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, atribuyendo la facultad de decidir sobre la realización de un concreto gasto extraordinario a uno de los progenitores, ya ha resuelto la cuestión.
 - El fomento de la **mediación familiar intrajudicial** puede revelarse nuevamente como un instrumento muy útil para evitar conflictos reiterados entre los cónyuges en el ejercicio conjunto de la patria potestad, y es precisa la concienciación de todos los operadores jurídicos en este aspecto, resultando de especial utilidad el **Protocolo** elaborado por el **Consejo General del Poder Judicial** para la implantación de servicios de mediación familiar intrajudicial en Juzgados y Tribunales que conocen de asuntos de la Jurisdicción de Familia, y expresamente ha sido reconocida esta forma de resolución de conflictos en la legislación foral, para cualquier fase del pleito matrimonial (art. 233-9-3 de la Ley catalana 25/2010; Subsecc. 3.^a, dentro de Secc. 3.^a, capítulo I, Título II, Libro I, del Decreto Legislativo Aragonés 1/2011, de 22 de marzo).

PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O DE MATERNIDAD SUBROGADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

Nuestro deber es lo que reclama el día de hoy

Goethe

RESUMEN

Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico

Se trata de afrontar diversas y complicadas cuestiones prácticas esenciales que derivarían de la admisión, en nuestro ordenamiento jurídico, del singular y complejo convenio de gestación por sustitución, negocio jurídico especial de Derecho de Familia que, a pesar de todo, no se olvide, tiene por finalidad primordial favorecer la paternidad biológica y generar una nueva vida.

Palabra clave: convenio de gestación por sustitución, maternidad subrogada, paternidad biológica.

ABSTRACT

Practical problems of the agreement of gestation for replacement or of subrogated maternity in our legal system

It is about tackling diverse and complicated essential practical issues that would derive from the inclusion, in our legal system, of the singular and complex agreement of gestation for replacement, juristic special legal business of Family Law that, despite of everything, don't forget, has as its main purpose to favour the biological paternity and to generate a new life.

Key words: agreement of gestation for replacement, subrogated maternity, biological paternity.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CUESTIONES PRÁCTICAS SINGULARES DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O DE MATERNIDAD SUBROGADA.
 - 1. Filiación del nacido en caso de falta de conocimiento o de consentimiento al convenio de maternidad subrogada del cónyuge o pareja de hecho del aportante de material genético.
 - 2. Supuestos de crisis familiar o de fallecimiento de los padres o madres contratantes durante la gestación.
 - A) Separación, divorcio o nulidad del matrimonio o disolución de la unión de hecho de los padres o madres contratantes.
 - B) Fallecimiento o declaración de fallecimiento de una o ambas personas contratantes.

3. Consecuencias del incumplimiento de alguno de los presupuestos primordiales del convenio.

- A) Reglas generales.
- B) Convenio de maternidad subrogada que no posibilita que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico.
- C) Falta de formalización del convenio en documento público notarial.

4. Efectos del incumplimiento del convenio.

- A) Causas imputables a la mujer gestante.
 - a) Inviabilidad de la gestación: derecho de la mujer gestante a decidir sobre la interrupción del embarazo.
 - b) Falta de entrega del nacido.
 - c) Vulneración del deber de confidencialidad.
- B) Causas imputables a los padres o madres contratantes.
 - a) Impago de la compensación razonable fijada.
 - b) Falta de recepción del nacido.

5. Otras cuestiones de interés.

- A) Privacidad o ganancialidad de la compensación razonable fijada en el convenio de maternidad subrogada o de la indemnización procedente en caso de fallecimiento o incapacidad de la mujer gestante.
- B) ¿Habría infidelidad de la mujer gestante, que podría ser desheredada por su cónyuge *ex* artículo 855.1.º del CC?

I. INTRODUCCIÓN

El convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada está prohibido expresamente en el ordenamiento jurídico español en el artículo 10 de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que titulado «Gestación por sustitución», indica taxativamente que «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

No obstante, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE 7/10/10), sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la recoja y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Como ya defendí en anterior trabajo, esta Instrucción, además de favorecer el fraude de ley, supone una vulneración del principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley (artículo 14 de la CE), pues supone una discriminación entre quienes

tienen medios para acceder a un convenio de maternidad subrogada en país extranjero y aquellos que no, o, incluso, que pretenden realizar dicho contrato en España⁽¹⁾.

Pues bien, para evitar sangrantes fraudes de ley⁽²⁾, solventar problemas de infertilidad no salvables mediante los mecanismos establecidos en la actual LTRHA y favorecer la paternidad biológica, entiendo que debería regularse el convenio de gestación por sustitución en nuestro Derecho, de acuerdo con las premisas extraíbles de la propia Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y de algunas legislaciones extranjeras que ya lo contemplan con mayor o menor amplitud.

El convenio de gestación por sustitución sería un negocio jurídico especial de Derecho de Familia cuya finalidad de interés público —afrontar la infertilidad y favorecer la paternidad biológica— excepcionaría su nulidad en nuestro ordenamiento jurídico⁽³⁾. Este convenio se formalizaría en documento público notarial —evitando el colapso judicial— y debería realizarse con anterioridad al embarazo de la mujer gestante, concepción producida mediante inseminación artificial, que no por embarazo natural —anterior o posterior al convenio—, aunque se demuestre que el progenitor es uno de los contratantes. El Notario interviniente debería verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación. Además, por exigencias de la seguridad jurídica y por la finalidad de interés público de este convenio de gestación por sustitución, los consentimientos prestados deberían ser irrevocables con independencia del carácter oneroso o gratuito del propio convenio. Téngase en cuenta en este punto que en nuestro ordenamiento jurídico la propia adopción es irrevocable, incluso sin atender a plazo alguno, si la extinción o revocación solicitada perjudica gravemente el interés del menor (artículo 180.1 y 2 del CC).

Respecto de los presupuestos exigidos a los padres o madres contratantes, al igual que sucede en sede de adopción, podría tratarse de persona soltera o pareja matrimonial o de

(1) VELA SÁNCHEZ, A.J. («La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1 y ss.), de modo que «el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley “sin que pueda prevalecer discriminación alguna... (por cualquier) condición o circunstancia personal o social” (artículo 14 de la CE) impide la aplicación de esta Instrucción en nuestro país mientras no se regule el convenio de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. El “interés superior del menor” —por supuesto atendible siempre— no puede servir de coartada para mantener la virtualidad de esta —de momento— inconstitucional Instrucción, porque la pretendida vulneración de dicho interés tendría variados procedimientos para su adecuada composición, como, en su caso, la vuelta del menor con su madre biológica o el acogimiento y la adopción realizadas de forma legal».

(2) Por ejemplo, el que se apunta por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010: si el hombre presta su consentimiento para la fecundación de una mujer que no es su pareja con sus gametos y consigue que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción transcurridos treinta días desde el parto (artículo 177.2.º, párrafo 3.º, del CC), podría iniciarse el procedimiento de adopción por parte de la pareja del padre genético, convirtiéndose en madre o padre adoptivo (artículo 176.2.2.ª del CC), sin requerir siquiera propuesta de la entidad pública competente, esto es, sin necesidad de que medie declaración de idoneidad.

(3) Y es que el contrato de gestación por sustitución sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho, en primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo «ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral» (artículo 1275 del CC). También por razón del objeto, pues no sólo la capacidad de gestar es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium* (artículo 1271 del CC), sino también el cuerpo humano en sí, por lo que sería un contrato nulo al carecer de objeto (artículo 1261.2.º del CC), o por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público (artículo 1255 del CC).

hecho estable, tanto heterosexual como homosexual. También por analogía con el procedimiento de adopción, el interviniente debería ser mayor de veinticinco años, pero si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, bastaría con que uno de sus miembros hubiera alcanzado dicha edad. Ahora bien, para evitar que el convenio de gestación por sustitución se utilizara como mecanismo para evitar la carga de un embarazo, debería acreditarse fehacientemente, respecto de la mujer o mujeres interesadas —en el caso de pareja matrimonial o de hecho formada por dos mujeres—, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño.

Finalmente y en todo caso, el padre o madre interesado, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, debería ser aportante de material genético. Esta premisa contractual puede fundamentarse en el dato de que el convenio de maternidad subrogada sólo sería concebible como medio para solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los mecanismos contemplados en la LTRHA, es decir, como instrumento para el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los miembros de la pareja, aspiración que, de otro modo —por la incapacidad de gestar—, no sería posible. De ser ambos infértiles, al no poder ser padres biológicos, su interés de acceder a la paternidad podría cubrirse, razonablemente, mediante los mecanismos legales del acogimiento o de la adopción.

En cuanto a los requisitos relativos a la mujer gestante, debería tener más de veinticinco años, aplicando el mismo criterio antes explicado en relación con los padres contratantes, y a pesar de que la LTRHA considera suficiente la edad de dieciocho años para acceder a las técnicas de reproducción asistida que contempla. La mujer gestante también debería tener buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Además, y como se exige en otras legislaciones⁽⁴⁾, debería tener, por lo menos, un hijo propio sano, lo que —conforme al Proyecto del Senado francés de 27 de enero de 2010—, suavizaría su dolor al separarse del bebé a su nacimiento.

Esta mujer gestante podría ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad, ahora bien, respecto del parentesco colateral, si fuera también aportante de óvulo, debería ser de tercer o mayor grado para evitar filiaciones incestuosas y la aplicación del artículo 125 del CC: «Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido».

A mi juicio, la mujer gestante también debería tener derecho a una indemnización razonable o moderada, además del resarcimiento por los gastos de embarazo y parto que no fueren cubiertos por la Seguridad Social, y ello aunque la gestación no culminara por

(4) Cfr. artículo 123.2.º del nuevo Código de Familia ucraniano, de 26 de diciembre de 2002 (CFU) —en relación con la Ley ucraniana «Sobre trasplante de órganos y otros materiales anatómicos humanos», de 16 de julio de 1999—; y la Ley Básica núm. 5487-1 «Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia», de 22 de junio 1993 (LBR) —en conexión con el Anexo núm. 1 a la Orden del Ministerio de Salud Pública núm. 67 «Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina», de 26 de febrero de 2003 (OMSP)—.

causas no imputables a ella —por ejemplo, aborto terapéutico, que no voluntario al amparo del artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo—. No se trata, advierto, de convertir la maternidad subrogada en una profesión o en un medio de obtener ingresos, sino sólo que sería muy conveniente —atendida la realidad de las cosas y la propia naturaleza humana—, que la mujer gestante —sobre todo si es persona extraña a los contratantes— tuviera una «recompensa» moderada además de la devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto.

Por último, el convenio de maternidad subrogada posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico. Por exigencias tanto de la Exposición de Motivos como de la Directriz segunda de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en el convenio de gestación por sustitución deberán constar claramente, además de los datos de las personas interesadas, los de la mujer gestante, para que quede abierta la posibilidad de que el hijo pueda conocerla⁽⁵⁾.

Como puede observarse, aunque las cuestiones prácticas fundamentales están razonablemente resueltas —creo— en la apuntada propuesta de convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada, quiero afrontar otras diversas y complicadas que derivan de la singularidad y complejidad de este negocio jurídico especial de Derecho de Familia que, a pesar de todo, no se olvide, tiene por finalidad primordial generar una nueva vida.

II. CUESTIONES PRÁCTICAS SINGULARES DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O DE MATERNIDAD SUBROGADA

1. Filiación del nacido en caso de falta de conocimiento o de consentimiento al convenio de maternidad subrogada del cónyuge o pareja de hecho del aportante de material genético

Como ya he indicado, uno de los presupuestos esenciales del convenio de gestación por sustitución sería que, *en todo caso, el padre o madre contratante, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres contratantes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable* —tanto heterosexual como homosexual—, *deberá ser aportante de material genético*. Esta premisa contractual se fundamentaba, repito, en el hecho de que el convenio de maternidad subrogada sólo sería concebible y justificable como medio para solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los mecanismos contemplados actualmente en la LTRHA, es decir, como instrumento para el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los miembros de la pareja, aspiración que, de otro modo —por la incapacidad de gestar—, no sería posible. En este punto se plantea la cuestión esencial de qué sucedería si tratándose de parejas casadas o de hecho uno de sus miembros —obviamente, el no aportante de material reproductivo— no conociera o no consintiera

(5) Para un mayor detalle de este posible convenio en nuestro ordenamiento jurídico *vid.* VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010», *Diario La Ley*, en prensa.

el convenio de gestación por sustitución. En ausencia de norma expresa en una hipotética regulación de este convenio singular, esta hipótesis podría solventarse acudiendo por analogía al articulado de la LTRHA (artículos 7 y 8).

Tratándose de pareja casada, y partiendo del principio primordial de que el interesado debe ser aportante de material genético, la falta de conocimiento o de consentimiento del otro cónyuge podrá tener como consecuencia el carácter no matrimonial del hijo, cuya filiación sólo podrá determinarse respecto del consorte que intervino en el convenio y en la viabilidad de la concepción, de manera que el otro podrá «impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación» (*ex* artículo 8.1.º de la LTRHA). Aunque, por supuesto, la presunción de paternidad existe (*ex* artículos 116 y siguientes del CC), de realizarse las pruebas biológicas oportunas se determinaría que el nacido no es hijo biológico del cónyuge no consentidor, quien también podrá probar la ausencia del consentimiento a la formalización del convenio de maternidad subrogada. Por consiguiente, aunque, inicialmente, el nacido será considerado como hijo del cónyuge no interviniente —y así constará en la inscripción de la filiación el Registro Civil—, éste podrá impugnar su paternidad, alegando tanto que no consintió la realización del convenio de gestación por sustitución, como que biológicamente el nacido no es hijo suyo, prosperando judicialmente tal impugnación por las razones expuestas⁽⁶⁾.

Existiendo sólo pareja de hecho, la falta de concurrencia o de consentimiento del no aportante de material genético conlleva la paternidad no matrimonial exclusiva del interviniente en el convenio de gestación por sustitución (*ex* artículo 8.2.º de la LTRHA *a contrario sensu*). Al no concurrir en esta hipótesis la presunción legal de paternidad respecto del conviviente —porque no son aplicables analógicamente en esta sede las normas del matrimonio—, sólo su consentimiento indubitado al convenio de maternidad subrogada puede servir para atribuirle la paternidad, de manera que, de no producirse dicho beneplácito, no procederá la paternidad no matrimonial respecto del mismo. Por tanto, la única vía para atribuirle la filiación no matrimonial sería mediante un reconocimiento de complacencia —pues sabe que el hijo no es suyo— o a través de la adopción del así nacido conforme a las reglas generales.

2. Supuestos de crisis familiar o de fallecimiento de los padres o madres contratantes durante la gestación

A) Separación, divorcio o nulidad del matrimonio o disolución de la unión de hecho de los padres o madres contratantes

Realizado el convenio de gestación por sustitución por un matrimonio o por una pareja de hecho —en ambos casos, tanto heterosexual como homosexual—, cabe plantearse qué

(6) Respecto de la LTRHA, *vid.*, en este punto, BERROCAL LANZAROT, A.I. («Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero, 2007, pp. 53 y ss); MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. («Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida», *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, X, 2004, X. Abel Lluch (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 272 y ss.); PÉREZ MONGUE, M. (*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 110 y ss.), etc.

ocurriría si, durante la gestación, una crisis familiar pusiera fin a la relación y convivencia entre los padres o madres contratantes. Como consecuencia de la obligatoriedad inmediata del convenio de maternidad subrogada y de la creación *ab initio* del vínculo jurídico de filiación, las partes contratantes están obligadas a cumplirlo, de manera que subsiste el deber de los padres o madres de hacerse cargo del hijo nacido —o hijos si se trata de dos o más—, con independencia de su estado, esto es, aunque naciera con algún defecto o incapacidad; sin olvidar que la «separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos» (artículo 92.1 del CC) y que, ostenten o no la patria potestad, quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos (artículos 110, 111 y 154 del CC).

La cuestión práctica esencial que surge aquí es que los dos padres o madres querrán tener consigo al hijo nacido. En este supuesto, el problema se solventará aplicando las normas relativas a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio de los artículos 90 y siguientes del Código Civil —cuyos postulados también se han considerado aplicables analógicamente por la jurisprudencia a las hipótesis de disolución de las uniones de hecho (por ejemplo, STS de 7 de julio de 2004⁽⁷⁾)—, en relación con los artículos 159 —«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 hijos menores de edad»— y 160 —«Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial»— de ese mismo cuerpo legal. Así, en defecto de convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio, o en caso de falta de aprobación judicial de éste, el Juez resolverá acerca de la patria potestad y de la guarda y custodia del menor atendiendo a su superior interés (artículos 91 y 92.2 a 5 del CC), teniendo en cuenta que el «progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía» (*ex* artículo 94 del CC). Ahora bien, en esta sede hay que destacar que el derecho a la paternidad —derivado del singular convenio de maternidad subrogada y del consentimiento conjunto prestado por los intervinientes—, es independiente de que haya habido aportación de material genético de uno solo de los contratantes o de ambos, esto es, tanto uno como otro se considerará padre o madre biológico a todos los efectos, sin que quepa preferencia alguna en cuanto al aportante único ni, por supuesto, impugnación de la paternidad respecto de aquel que no haya contribuido a la generación con su material reproductor.

De otra parte, téngase muy presente que, dado que entiendo que el convenio de gestación por sustitución contiene un consentimiento irrevocable de las partes contratantes y que extingue *ab initio* los vínculos jurídicos de la filiación respecto de la mujer gestante —y los crea directamente en cuanto a los demás estipulantes—, ésta no podrá alegar en ningún caso dicha crisis familiar para incumplir su obligación contractual de poner al niño a disposición de los padres o madres contratantes —o, en su caso, como se verá, a dis-

(7) Que indica que ante «la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la Sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 que *es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil...* (Y si) esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad».

posición de la «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores» (artículo 172.1 del CC)— y quedarse con él.

B) Fallecimiento o declaración de fallecimiento de una o ambas personas contratantes

Otra cuestión esencial a resolver es qué sucedería si, también durante la gestación, fallece —o es declarada fallecida conforme a los artículos 193 y siguientes del CC— la persona sola contratante o los dos miembros de la pareja matrimonial o de hecho intervinientes en el convenio. Al tratarse de un negocio jurídico personalísimo parecería ésta, en principio, una hipótesis posible en la que la mujer gestante —una vez producido el alumbramiento y devolviendo las cantidades que hubiese recibido y renunciando a las pendientes en su caso— podría retener al hijo, excepcionando por una vez el carácter irrevocable del consentimiento prestado y la ruptura del vínculo jurídico de filiación desde la celebración del convenio de maternidad subrogada. No obstante, y precisamente por esa irrevocabilidad y eficacia jurídica *ab initio*, considero que también en estos supuestos el convenio de gestación por sustitución debería producir todos sus efectos jurídicos. Por consiguiente, el nacido se considerará como hijo del fallecido o fallecidos, convirtiéndose en heredero forzoso (*ex* artículo 807.1.º del CC), y el Juez procederá a nombrarle tutor con arreglo a lo dispuesto en los artículos 234 y siguientes del Código Civil, sin que los restantes herederos puedan resolver o declarar ineficaz el convenio permitiendo a la mujer gestante —que ya dio a luz— quedarse con el niño, y ello, repito, aunque sea con previo reintegro de las cantidades recibidas y con renuncia a las aún no percibidas. Es más, debe tenerse muy en cuenta que, conforme al artículo 229 del CC, estarán «obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieran el hecho que la motivaren, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado (la mujer que ha dado a luz), y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados». En su caso, también podrían ponerse en marcha los mecanismos legales del acogimiento o de la adopción del nacido.

Para reforzar el argumento de la eficacia del convenio de gestación por sustitución aun en el supuesto de fallecimiento o declaración de fallecimiento de los contratantes, podemos acudir por analogía *iuris* —o por interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico— a la regulación del procedimiento de la adopción en el que se permite la virtualidad de ésta «aun que el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento» (artículo 176.3 del CC). Además, la índole irrevocable del consentimiento prestado y la ruptura *ab initio* de los vínculos jurídicos de filiación respecto de la mujer gestante —y su creación inmediata en cuanto a los intervinientes— eliminarían cualquier derecho de ésta sobre el nacido y cualquier disponibilidad al respecto de los herederos de los padres o madres fallecidos.

Si algún pariente o alguno de los herederos del fallecido o de los fallecidos —que sea pariente consanguíneo o colateral—, o cualquier persona designada por el padre o madre en sus disposiciones de última voluntad reúne los presupuestos necesarios para ser tutor (*ex* artículo 241 del CC) podría exigir el cumplimiento del contrato y hacerse cargo del niño, previo nombramiento judicial. En el supuesto de que varias personas solicitaran la tutela, el Juez decidirá la más idónea de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del CC.

Ahora bien, lo que debe quedar muy claro es que ninguno de los solicitantes tendría preferencia para la tutela por el hecho de que su pariente, causante o designante fuera el único aportante de material genético, pues ello sólo es *conditio iuris* de la validez del convenio de maternidad subrogada, pero, como ya he dicho, no otorga prioridad alguna respecto del hijo ni a tal aportante, ni a sus parientes, herederos o personas por él designadas en sus disposiciones de última voluntad.

No obstante, habría un supuesto en el que la mujer gestante —que ya dio a luz— tendría posibilidades de hacerse cargo del nacido, a saber, cuando fuera pariente colateral —o, incluso, por afinidad— de alguno de los contratantes. En esta hipótesis, además, debería ser preferente a la hora de ser nombrada tutora del niño. Ahora bien, obsérvese que hablo de tutora y no de madre ni de otorgarle la patria potestad directamente o por adopción. Dadas las singularidades del convenio de gestación por sustitución y sus especiales requisitos y efectos —sobre todo, la ruptura del vínculo jurídico de filiación *ab initio* respecto de la mujer portadora—, parece oportuno que sólo proceda la tutela del nacido y ello aunque la mujer gestante hubiese aportado también su óvulo para la generación. En mi propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución hablaba de que la mujer gestante podría ser persona extraña o pariente colateral o por afinidad de alguno de los padres o madres contratantes, pues bien, en este punto debo aclarar que, tratándose de pariente colateral de segundo grado, la mujer gestante no debería ser aportante de material genético, pues nos encontraríamos con el escollo del artículo 125 del CC, que dispone que, cuando «los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos (...), legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido».

Obviamente, si sólo fallece —o es declarado fallecido— uno de los dos padres o madres contratantes el convenio de gestación por sustitución surtirá todos sus efectos sin modificación alguna, aunque el fallecido o declarado fallecido hubiese sido el único aportante de material genético. En el caso de fallecimiento —o declaración de fallecimiento— de la mujer gestante durante la gestación, lógicamente, se extinguirá el convenio, pero los herederos de la fallecida podrán reclamar las cantidades estipuladas, pues, como se verá más adelante, el derecho a ellas sólo se extinguiría si la inviabilidad del nacimiento se debiera a causas imputables a la mujer gestante, esto es, por ejemplo, a un aborto voluntario y no terapéutico, o, incluso, a su suicidio. En este punto hay que advertir que sería muy conveniente fijar en el convenio de maternidad subrogada cláusulas sobre una indemnización suficiente para los dependientes económicos de la mujer gestante —o para ella misma—, en caso de su fallecimiento o incapacidad permanente derivados de su ejecución⁽⁸⁾, es decir, de la gestación, el alumbramiento o el post-parto.

Un apunte más: dada la analogía con sus supuestos de hecho, entiendo necesario que en estos casos de fallecimiento o declaración de fallecimiento del contratante único o de ambos padres o madres contratantes se apliquen los artículos 959 y siguientes del Código

(8) En este sentido, por ejemplo, la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal de México —LGS— aprobada el 30 de noviembre de 2010.

Civil relativos a «las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», en especial el artículo 964: «La viuda (*la mujer gestante*) que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable».

3. Consecuencias del incumplimiento de alguno de los presupuestos primordiales del convenio

A) Reglas generales

En la línea de lo que hoy establece el artículo 10 de la LTRHA, el convenio de gestación por sustitución no surtirá efectos jurídicos y la filiación de los hijos nacidos será determinada en principio por el parto, aunque quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad —conforme a las reglas generales—, respecto del progenitor biológico o progenitores biológicos —si fueron dos aportantes de material genético—, en los siguientes supuestos:

- Embarazo natural de la mujer gestante anterior o posterior al posible acuerdo, aunque sea con la intervención probada del contratante soltero o miembro masculino de una pareja heterosexual o de uno de los contratantes si se trata de pareja homosexual formada por hombres.
- Consentimiento de la mujer gestante prestado con error, dolo, violencia o intimidación. Dada su gravedad, en esta hipótesis, además, será aplicable el artículo 111 del CC: «Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor: 1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme».
- Si ninguno de los padres o madres contratantes ni la mujer gestante tienen veinticinco años cumplidos. No obstante, en estos supuestos, el Juez, atendidas las circunstancias concurrentes y teniendo siempre presente el interés superior del menor, podrá dar validez al convenio de maternidad subrogada.
- Respecto de la mujer o mujeres interesadas —en caso de matrimonio lésbico—, si no se acredita fehacientemente la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño. El convenio de gestación por sustitución no puede servir para liberarse de la carga de un embarazo que podría lograrse a través de los mecanismos fijados en la LTRHA.
- Si la mujer gestante no tiene, por lo menos, un hijo propio sano, hubiere realizado ya dos convenios anteriores de maternidad subrogada o fuere pariente consanguíneo de alguno de los padres o madres contratantes. En esta última hipótesis será aplicable el artículo 125 del CC, de modo que, determinada legalmente la filiación respecto de la mujer que dio a luz, sólo podrá determinarse legalmente la filiación respecto del aportante o aportantes de material reproductor «previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz; (*eso sí*), *alcanzada* por éste la plena capacidad, podrá, mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido».

B) Convenio de maternidad subrogada que no posibilita que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico

En este caso, y teniendo muy presente la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, para que la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución pueda inscribirse en el Registro Civil será preciso facilitar la identidad de la mujer que dio a luz. Seguramente, esta situación resultará más frecuente en los supuestos de convenios de maternidad subrogada celebrados en país extranjero pero, en cualquier caso, obligará al solicitante o solicitantes de la registración del nacido a concretar la identidad de la mujer correspondiente —de forma fehaciente y justificada—, so pena de no poder inscribirlo y de que se pongan en marcha los mecanismos legales de tutela, acogimiento o de adopción del hijo —e, incluso, de exigencia de responsabilidad penal—, en particular, si la falta de constancia de aquella mujer revela la existencia de tráfico de niños o la ausencia de un convenio legítimo de gestación por sustitución.

C) Falta de formalización del convenio en documento público notarial

Ante el colapso judicial existente, propuse la formalización del convenio de gestación por sustitución en documento público y la intervención de Notario para que éste constatará la plena capacidad de obrar de las partes contratantes, la edad requerida, la libertad del consentimiento prestado por la mujer gestante y, en general, el cumplimiento de todos los requisitos exigidos, así como para que recavara las certificaciones médicas oportunas que fueran establecidas legalmente. Por todo ello, la participación de Notario se considera fundamental, por lo que ningún centro de reproducción asistida deberá admitir convenio de maternidad subrogada alguno que no conste en documento público notarial. No obstante, y sin perjuicio de las responsabilidades de todo orden en las que pudiere incurrir dicho centro médico —y, en su caso, las partes contratantes—, la filiación jurídica inmediata derivada de un convenio privado de gestación por sustitución no debería verse afectada si *a posteriori* pudiesen justificarse todas las exigencias derivadas legalmente de dicho contrato. El interés superior del menor y la finalidad de interés público del convenio de maternidad subrogada —fundamentalmente la de lograr la paternidad biológica de forma legítima— deben prevalecer sobre esta exigencia de forma pública, pero, en cambio, no pueden obviar de ninguna manera el cumplimiento de los severos presupuestos —apuntados en los apartados anteriores— que exige este convenio.

4. Efectos del incumplimiento del convenio

A) Causas imputables a la mujer gestante

- a) Inviabilidad de la gestación: derecho de la mujer gestante a decidir sobre la interrupción del embarazo

En la propuesta de convenio de gestación por sustitución realizada en anterior estudio ya citado, indicaba que la madre gestante tendrá «derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella». Atendida la realidad de las cosas

y la naturaleza humana, esta indemnización adecuada o razonable no suponía convertir la maternidad subrogada en una profesión o en un medio de obtener ingresos, sino sólo una compensación económica para proporcionar a la mujer gestante —sobre todo si es persona extraña a los contratantes— las condiciones más favorables durante el período de gestación y el post-parto.

Pues bien, esta obligación de compensar los gastos producidos y de satisfacer la «indemnización razonable» deberá subsistir si la gestación no culmina por causas no imputables a la mujer gestante, esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia sobrevenida respecto de ella o del concebido —«grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada», «riesgo de graves anomalías en el feto», «anomalías fetales incompatibles con la vida» o que «se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable» (ex artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo —LO 2/2010—). Ahora bien, tratándose de causas relacionadas sólo con el feto debería plantearse la posibilidad de que los padres o madres contratantes pudieran decidir la continuación del embarazo con el mantenimiento del compromiso de hacerse cargo del hijo con independencia de su estado al nacer, si es que llega a ser viable.

Este deber indemnizatorio del que hablo se extinguiría, no obstante, si la mujer gestante ejercitara el derecho a abortar contemplado en nuestra legislación, en concreto en las catorce primeras semanas de gestación, conforme al artículo 14 —titulado «Interrupción del embarazo a petición de la mujer»—, de la LO 2/2010 susodicha⁽⁹⁾. Entiendo que, dado el interés público de la finalidad del convenio de maternidad subrogada, esto es, afrontar la infertilidad y favorecer la paternidad biológica, el ejercicio del derecho a abortar, aunque legalmente no podría ser impedido por los padres o madres contratantes, sí que debería poder ser penalizado civilmente, de manera que deberían admitirse cláusulas penales en el convenio para indemnizar no ya los gastos o daños materiales producidos sino, esencialmente, el daño moral que el aborto voluntario producirá a los interesados en el nacimiento. Si la justificación última de este singular y complejo convenio de maternidad subrogada es la creación de vida, es lógico que la voluntaria eliminación de ella tenga, por lo menos, consecuencias económicas importantes. Por ello, sería muy conveniente modificar o enmendar la LO 2/2010 indicada y establecer claramente que en el caso de convenio de gestación por sustitución el ejercicio voluntario del derecho a abortar conllevaría responsabilidad civil respecto de los contratantes. Incluso, por la susodicha finalidad de interés público de este convenio, por sus estrictas formalidades, por los presupuestos comprobados y severos que conlleva —entre ellos, la precisa información a la madre gestante y su consentimiento voluntario— y por la intervención notarial que garantiza el cumplimiento de todo lo que antecede, me atrevería a proponer que se impidiera el aborto libre en estos casos de maternidad subrogada y así se hiciera constar expresamente en la LO 2/2010.

(9) El Preámbulo de esta Ley Orgánica explica que se concede «un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina *autodeterminación consciente*, dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución».

b) Falta de entrega del nacido

Partiendo, una vez más, del carácter irrevocable del consentimiento prestado en el convenio de maternidad subrogada y de la ruptura de los vínculos jurídicos de filiación *ab initio* respecto de la mujer gestante, los padres o madres contratantes tienen derecho a hacerse cargo del niño desde el momento mismo de su nacimiento, eso sí, esperando al tiempo de adquisición de su personalidad jurídica —vivir «veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno» (artículo 30 del CC)—. No obstante, podría establecerse como alternativa el momento del alta médica del nacido, de manera que no habría incumplimiento del convenio ni podrían exigirse responsabilidades mientras el niño estuviera bajo tratamiento médico, pero entiendo que la virtualidad del vínculo de filiación desde el momento del nacimiento conlleva inmediatos derechos y deberes para los verdaderos padres, por lo que serán éstos los que hayan de tomar las decisiones oportunas sobre la actuación médica a realizar sobre el nacido —consentimiento a intervención quirúrgica o a tratamiento alternativo, etc.— y quienes decidan qué hacer para su mejor cuidado —traslado a otro hospital, consulta de otros especialistas, etc.—. La única excepción a todo lo anterior sería que el nacido tuviera que estar a cargo temporalmente de la mujer gestante, sin opción distinta posible, por prescripción médica —toma de calostro, etc.—.

Sería muy conveniente, pues, que en el propio convenio de gestación por sustitución se hiciera constar claramente la responsabilidad civil —daños y perjuicios, no sólo materiales sino morales— e, incluso, la responsabilidad penal —secuestro— en las que incurriría la mujer gestante —una vez producido el alumbramiento— en caso de incumplimiento de su deber contractual de entrega del nacido⁽¹⁰⁾. Si esta obligación no se cumple voluntariamente, lejos de encomendar carga alguna en este punto a los miembros del hospital o centro médico correspondiente, los padres o madres contratantes podrían utilizar dos vías. En primer lugar, podrían realizar un requerimiento notarial de entrega en el que se recuerde a la mujer retenedora sus graves responsabilidades por incumplimiento. De no tener virtualidad este requerimiento o, directamente, los contratantes podrán acudir al Juez para que imponga la entrega, así como las responsabilidades civiles y penales procedentes. Permítaseme que —a pesar de no ser mi especialidad— haga una aclaración respecto de la responsabilidad penal de la mujer que dio a luz derivada de la falta de entrega del nacido. En este caso serían aplicables los artículos 163 y siguientes del Código Penal, contenidos en el Capítulo Primero «De las detenciones ilegales y secuestros», dentro de su Título VI «Delitos contra la libertad»; pero entiendo que, dada la especial situación de esta mujer respecto del nacido, el supuesto de hecho que se produce aquí estaría mejor ubicado dentro del artículo 225 de ese mismo cuerpo legal, relativo a la «sustracción de menores» por los progenitores, de modo que debería añadirse un nuevo párrafo al precepto citado que estableciera que lo dispuesto en este artículo es aplicable también a la mujer gestante respecto del hijo nacido en los supuestos de convenio de gestación por sustitución.

(10) Como ha defendido algún autor (BULLARD GONZALES, A.: «Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual», *Revista de la Asociación Ius Et Veritas*, núm. 10, julio 1995, pp. 55-56), no habría inconveniente alguno en permitir la onerosidad del convenio de gestación por sustitución, en aras del dinamismo del Derecho y de su adaptabilidad a la realidad, así como del probable interés de la pareja comitente en incentivar la entrega del nacido, sano.

Asimismo, para garantizar el cumplimiento de la obligación de entrega del nacido, cuando las circunstancias concurrentes lo hicieren preciso los padres o madres contratantes podrían acudir al Juez para que tomara medidas concretas respecto de la mujer gestante. En particular, y acudiendo por analogía a los artículos 103.1.^a y 158 del CC, si existiese riesgo de sustracción del menor por la mujer gestante, podría solicitarse al Juez la adopción de prevenciones necesarias como la prohibición «de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa», la prohibición de expedición de pasaporte «o retirada del mismo si ya se hubiere expedido» o el sometimiento «a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio» de aquélla. De nuevo, la finalidad de interés público del convenio de gestación por sustitución tiene mucho que ver con la posibilidad de dictar estas medidas judiciales extraordinarias.

c) Vulneración del deber de confidencialidad

Dada la trascendencia del convenio de gestación por sustitución y su carácter personalísimo y privado, las partes contratantes pueden establecer una cláusula de confidencialidad de manera que ni la mujer gestante ni los padres o madres contratantes revelen la existencia del contrato o la identidad de la otra parte, so pena de incurrir en responsabilidad civil y penal. En efecto, al amparo del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen —LO 1/1982—, sería punible e indemnizable la «divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de (...) escritos personales de carácter íntimo». Conforme al artículo 9.3.º de la LO 1/1982, la «indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Igualmente, podría proceder responsabilidad penal conforme a los artículos 197 y siguientes del Código Penal, contenidos en su Título X «Delitos contra la intimidad», Capítulo I «Del descubrimiento y revelación de secretos».

Ahora bien, en esta sede hay que subrayar que, a diferencia de lo que dispone el artículo 7.2.º de la LTRHA —«En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación»—, respecto de la filiación derivada de la inseminación artificial homóloga o heteróloga, el convenio de gestación por sustitución —y la posterior inscripción en el Registro Civil de la filiación surgida de éste— posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico. Efectivamente, como ya expuse, por exigencias tanto de la Exposición de Motivos como de la Directriz segunda de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 —disposición que, a mi juicio, da las claves para la regulación de esta materia—, en el convenio de gestación por sustitución deberán constar claramente, además de los datos de las personas interesadas, los de la mujer gestante para que quede abierta la posibilidad de que el hijo pueda conocerla⁽¹¹⁾. Eso sí,

(11) Como establece la indicada Directriz segunda de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación

estos datos tendrán carácter reservado y estarán sólo a disposición de los interesados, que no de personas extrañas.

B) Causas imputables a los padres o madres contratantes

a) Impago de la compensación razonable fijada

Como ya he repetido, por el carácter irrevocable del consentimiento prestado por las partes y por el surgimiento del vínculo jurídico de filiación *ab initio*, los padres o madres contratantes tienen derecho a hacerse cargo del hijo desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que la indemnización razonable fijada en el convenio de maternidad subrogada deberá abonarse con anterioridad a dicha entrega. La cuestión espinosa que surge aquí es qué ocurriría si los contratantes quieren encargarse del niño pero, por haber empeorado de fortuna o resultar insolventes, no pueden hacer frente a la prestación económica acordada. Desde el punto de vista del Derecho contractual puro (artículo 1124 del CC), la mujer que ha dado a luz podría exigir el cumplimiento de la obligación —incluso con un anejo derecho de retención— hasta que se le abonen las cantidades debidas, más intereses legales, daños y perjuicios; es más, también desde esta órbita contractual la mujer afectada podría optar por la resolución del contrato, quedándose con el niño, con idéntico derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses pertinentes.

No obstante, dada la singularidad y finalidad de interés público de este negocio jurídico de Derecho de Familia, la solución más lógica, justa y pertinente sería la de imponer a la mujer afectada la obligación de poner al nacido a disposición de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente. Los funcionarios competentes de esta Administración comprobarían —con la intervención del Notario autorizante— la validez del convenio de gestación por sustitución y el cumplimiento de todas sus severas exigencias, y, en función de su interés público —en cuanto afronta la infertilidad y favorece la paternidad biológica—, procederían a abonar —mediante partidas económicas previstas para ello y sin perjuicio de la fijación de un derecho de reembolso— la compensación a la mujer que dio a luz. Posteriormente, estos mismos funcionarios indagarían las causas por las que los padres o madres contratantes no han abonado el importe pactado, de modo que si se trata, sin más, de insolvencia económica derivada del normal devenir de una actividad profesional o comercial o del mercado de trabajo —desempleo, etc.—, el niño les será entregado a la brevedad posible. En cambio, si esa insolvencia revela una evidente incapacidad de los progenitores para hacerse cargo del menor —problemas de alcoholismo, drogodependencia, etc.— que haga previsible un desamparo de éste⁽¹²⁾, entonces se pondrían en marcha automáticamente los mecanismos normales de actuación en estos supuestos, esto es, la

registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante».

(12) Como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de mayo de 2002, el desamparo se produce ya sea por imposibilidad o «cualquier otra razón que se quiera buscar incluidas el posible alcoholismo, enfermedad mental (epilepsia), etc., y sin que la Sala entienda que se han producido o buscado de propósito tales circunstancias por los progenitores».

tutela (artículos 215 y siguientes del CC), el acogimiento (artículos 172 y siguientes del CC) o, incluso, la adopción (artículos 175 y siguientes del CC).

b) Falta de recepción del nacido

El convenio de gestación por sustitución tiene eficacia obligatoria inmediata, de modo que los padres o madres contratantes están obligados a cumplirlo, debiendo hacerse cargo de su hijo nacido —porque el vínculo jurídico de filiación existe *ab initio*—, con independencia de su estado, es decir, aunque naciere con algún defecto o incapacidad. En el supuesto de que los padres o madres contratantes —debidamente notificados del nacimiento del hijo— no cumplieren su deber de hacerse cargo de éste —*ex* artículo 154 del CC, que establece que los «hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres» y que esta potestad comprende el deber de velar por ellos y tenerlos en su compañía—, se procederá, en principio, a su guarda y acogimiento conforme a lo dispuesto en el Capítulo V «De la Adopción y otras formas de protección de menores», Sección Primera «De la guarda y acogimiento de menores», artículos 172 y siguientes del Código Civil. Así, la mujer que dio a luz —o, en su caso, los responsables del hospital o centro médico donde tuvo lugar el alumbramiento—, deberá poner los hechos en conocimiento de la «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, (*que*) cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas» (artículo 172.1, párrafo 1.º, del CC). En esta última hipótesis, la «asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria» (artículo 172.1, párrafo 3.º, del CC). En su caso, posteriormente procedería la adopción del niño conforme a lo dispuesto en los artículos 175 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a la responsabilidad penal de los padres o madres contratantes por falta de recepción del nacido, habría que acudir al Código Penal, en concreto, a su Título XII «Delitos contra las relaciones familiares», Capítulo III «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», Sección 3.ª «Del abandono de familia, menores o incapaces», artículos 226 y siguientes, que imponen penas de prisión que pueden llegar a los cuatro años.

En estos supuestos de desamparo del hijo nacido por sus verdaderos padres, no veo inconveniente para que a la mujer que dio a luz le sea encomendado el acogimiento del niño, aunque debe tenerse presente que, a tenor del artículo 172.4 del CC, se «buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia». Igualmente, podría ser considerada, si procediere, a la hora del nombramiento de tutor para el niño. Eso sí, al igual que veíamos en el apartado anterior, dicha mujer afectada no podría optar —desde el punto de vista del Derecho contractual puro y al amparo del artículo 1124 del CC— por la resolución del contrato de maternidad subrogada, quedándose con el niño, con derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses pertinentes. La singularidad del convenio de gestación por sustitución y su virtualidad inmediata respecto del vínculo de filiación justifican, otra vez, la anterior inteligencia.

5. Otras cuestiones de interés

- A) *Privaticidad o ganancialidad de la compensación razonable fijada en el convenio de maternidad subrogada o de la indemnización procedente en caso de fallecimiento o incapacidad de la mujer gestante*

Conforme al artículo 1347 del CC: «Son bienes gananciales: 1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges». Por industria hay que entender cualquier actividad de los cónyuges capaz de obtener un beneficio o ganancia y siempre que la actividad —como sucedería en estas hipótesis de maternidad subrogada por convenio— no pueda calificarse como trabajo en el sentido usual de este vocablo. En cualquier caso, supone una actividad conyugal que genere una ganancia, aunque ésta sea muy desproporcionada al esfuerzo desarrollado para obtenerla —en este caso podría suponer un gran esfuerzo para una compensación económica escasa—, que va a parar al patrimonio común⁽¹³⁾. Pues bien, el carácter singular y personalísimo del convenio de gestación por sustitución no impide que las cantidades «razonables» o «moderadas» obtenidas de aquél se incluyan en el haber ganancial, y que, en virtud del principio *ubi emolumentum ibi onus*, los gastos no cubiertos, en su caso, por el contrato, sean de cargo de la sociedad de gananciales (artículos 1362, 1365 y 1367 del CC).

Un supuesto especial sería el que el marido o la mujer —si se trata de un matrimonio lésbico— de la mujer gestante se hubiese opuesto a la celebración del convenio de maternidad subrogada. En estos casos, en virtud de la libertad de pacto (artículo 1325 del CC) parece que será posible reducir la comunidad activa, excluyendo las ganancias provenientes del convenio en cuanto no se vulnere lo dispuesto en el artículo 1328 del CC: «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». De esta manera, el consorte oponente podría renunciar a que los ingresos así percibidos fueren gananciales, en cuyo caso pasarían al acervo privativo de la mujer contratante, eso sí, siempre que ello no perjudicara ni a los herederos forzosos del renunciante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de él solo (*ex* artículo 1324 del CC). En contrapartida, y a virtud del mismo axioma antes citado —*ubi emolumentum...*—, cualquier gasto producido o cualquier responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento del contrato sería de cargo exclusivo de la mujer gestante, por lo que responderían sólo sus bienes privativos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1373 del CC en cuanto a la posibilidad de afección de los bienes gananciales a cuenta de la participación en ellos del cónyuge deudor exclusivo.

Cuestión aparte sería el supuesto de que la mujer gestante falleciere o sufriera una incapacidad permanente como consecuencia de la gestación, alumbramiento o post-parto y recibiera por ello una indemnización. El artículo 1346.6.º, primer inciso, del CC dispone que son bienes privativos el «resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los

(13) DE LOS MOZOS, J.L.: «Comentario al artículo 1347 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), T. XVIII, Vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1999, pp. 156-157. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2005, p. 175) ya indicaba que industria «significa aquí cualquier actividad del cónyuge encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en el consorcio, cuando no suponga un trabajo en el sentido habitual de la palabra».

cónyuges»⁽¹⁴⁾, lo que implica que el legislador entiende que la indemnización repara un perjuicio exclusivamente personal, extracomunitario, por lo que debe incluirse sólo en el patrimonio privativo del cónyuge lesionado. Sin embargo, ello podría predicarse únicamente respecto de una de las hipótesis indicadas, esto es, en cuanto al resarcimiento por la incapacidad permanente producida en la ejecución del convenio de gestación por sustitución. Ahora bien, aunque la cantidad percibida fuera privativa (*ex* artículo 1348 del CC), los intereses devengados durante la vigencia del régimen ganancial serán comunitarios (*ex* artículo 1347.2.º del CC).

No obstante, en caso de muerte de la mujer gestante la indemnización no podría ser calificada como privativa, pues la recibirían los herederos de la fallecida y el otro consorte podría quedar en una situación económica muy difícil. Por ello, puede alegarse que la indemnización se concede en atención a otros criterios, esto es, que el daño no se ha producido en la persona del muerto, sino en la de su cónyuge e hijos —daño moral—, con lo que se salvaría el problema⁽¹⁵⁾.

B) ¿Habría infidelidad de la mujer gestante, que podría ser desheredada por su cónyuge ex artículo 855.1.ª del CC?

Dentro de los derechos y deberes de los cónyuges fijados por el Código Civil, su artículo 68 establece que éstos están obligados a «guardarse fidelidad». En caso de incumplimiento de este deber conyugal, el artículo 855 del CC dispone que «Serán justas causas para desheredar al cónyuge... 1.ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales...». La cuestión que surge aquí, pues, sería que si una mujer se presta a ser madre gestante mediante un convenio de gestación por sustitución sin el conocimiento o contra la voluntad de su cónyuge, ¿podría éste alegar infidelidad y desheredarla a tenor del artículo 855.1.ª del CC? Entiendo que no por variadas razones.

En primer lugar, habría que partir del principio cardinal de que la libertad contractual de los cónyuges no queda afectada por el matrimonio y que el convenio de maternidad subrogada sería un negocio jurídico lícito de Derecho de Familia, cuya finalidad es considerada de interés público —afrontar la infertilidad y favorecer la paternidad biológica—, por lo que no podría mantenerse que es contrario «a las leyes, a la moral ni al orden público» (*ex* artículo 1255 del CC). Además, uno de los presupuestos esenciales del convenio de gestación por sustitución es que la concepción de la mujer gestante debe realizarse mediante inseminación artificial, de manera que quedará excluida la hipótesis de embarazo natural, que sí supondría infidelidad. Por tanto, no habría causa de desheredación por infidelidad, a no ser que se probara algo más por los herederos del testador (*ex* artículo 850 del CC).

(14) «La reforma española del Derecho de Familia de 1981 ha introducido entre el repertorio de bienes y derechos privativos en el artículo 1346.6.º, inciso primero, CC *el resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges*, recogiendo con ello el parecer unánime de la doctrina en este punto, y englobando, en buena técnica, tanto los daños físicos como los morales, lo que de este modo viene a destacar la defensa de los derechos de la personalidad que ello supone» (RAMS ALBESA, J.J.: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 97). No obstante, la STS de 25 de marzo de 1988 estableció la ganancialidad de la indemnización obtenida en virtud de póliza que cubría el riesgo de invalidez permanente absoluta para todo trabajo.

(15) En este sentido, siguiendo a LACRUZ, *vid.* DE LOS MOZOS, J.L. (*op. cit.*, p. 147, n. 43), quien reconoce que, «en cualquier caso, la solución no es perfecta».

A mi juicio, dada la licitud de este negocio jurídico, ni siquiera podría alegarse incumplimiento de «otros» deberes conyugales derivado de los posibles inconvenientes físicos ocasionados por el embarazo, como tampoco afecta al deber de vivir juntos el hecho de que uno de los esposos tenga que trabajar fuera durante un período prolongado de tiempo. Habría, por consiguiente, una causa razonable, temporal y lícita para incumplir «esos» deberes conyugales.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FILIACIÓN

Se declara la nulidad del auto de inadmisión a trámite de una demanda de impugnación de filiación que fue declarada en virtud de una sentencia dictada en el año 1964 por un tribunal peruano, al no haberse dado respuesta a la petición efectuada por la actora en cuanto a la aplicación de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual «las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 8/2011, de 28 de febrero

Ponente: **Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**

ANÁLISIS DEL CASO

Ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, doña María Sol, doña Flor de María y doña Florangel dedujeron el 13 de mayo de 2004 demanda de impugnación de filiación (proceso núm. 560-2004) contra doña María, a la sazón declarada por una Sentencia del Juzgado Cuarto de Lima de 2 de septiembre de 1970, hija extramatrimonial de don Marcos, padre de las recurrentes y ya fallecido al tiempo de interponerse la demanda. Aparece también como demandada doña M., hermana de las recurrentes, al no haberse adherido al ejercicio de la acción.

Como fundamentos de la demanda de impugnación de filiación, se destaca la situación de indefensión que padeció el padre de las recurrentes al ser juzgado en ausencia por el Tribunal de Lima en 1964, hallándose entonces encarcelado en Venezuela. Se aduce además que en la época en que se tramitó el proceso de reconocimiento de paternidad no existían las pruebas biológicas (ADN) como medio fiable para su acreditación, no siendo de hecho admitida como prueba en Perú para este tipo de procesos hasta el año 1999. Tras invocar las normas que prevén la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del caso [arts. 21, 22.3 y 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y art. 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y teniendo nacionalidad española las demandantes, así como la codemandada doña M.; niegan las actoras la condición de hermana de doña María, solicitando que se establezca la realidad relativa a la filiación mediante la práctica de prueba pericial biológica y la designación judicial de experto para su práctica. Invocan para ello la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma parcial del Código Civil, la cual establece que «las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

Precepto que por estar vigente, sostienen, resulta de preferente aplicación respecto al art. 764.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, el cual a su vez y con carácter general prohíbe entablar acciones que contradigan una filiación declarada por Sentencia firme. Se invoca asimismo el derecho constitucional de toda persona a conocer su filiación, ex art. 39 CE, y se da cuenta de que la codemandada doña María ha instado con carácter previo un procedimiento de intervención de caudal hereditario del causante don Marcos, aduciendo su relación de parentesco declarado en la Sentencia de 1970 ya referenciada. Como documentos del escrito de demanda que resulta de interés destacar, se acompañaron entre otros, un certificado firmado por don Gregory John Marsden, Doctor en Derecho por la Universidad de California, reproduciendo la legislación del Estado de California en materia de procesos de filiación, ejemplar en inglés —documento 10 A de la demanda— y traducido al castellano —documento 10 B de la demanda—, atribuyendo legitimación activa a las hijas para instar dicha acción impugnatoria. Asimismo, una certificación del Consulado General del Perú en Madrid de 5 de abril de 2004, adverando la fidelidad de la copia de la Ley núm. 27048, de reforma del Código Civil en aquel país en materia de declaración de paternidad y maternidad (Diario Oficial de 6 de enero de 1999), por la que se implementa la «prueba biológica, genética u otra de validez científica (como el ADN) para los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación», y cuyo ejemplar se aporta igualmente —documento 11 de la demanda—.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 71 de Madrid, al que por turno de reparto correspondió el conocimiento de la causa, dictó diligencia de ordenación el 19 de mayo de 2004 requiriendo a la parte actora los preceptivos juegos de copia de la documentación presentada, lo que se cumplimentó por escrito de 28 de mayo de 2004. Sin otro trámite posterior, el mismo Juzgado dictó Auto el 31 de mayo de 2004, acordando tener por personado al Procurador de las recurrentes y por formulada demanda de impugnación de filiación, «no admitiéndose a trámite la misma».

Se interpuso por las demandantes recurso de apelación contra dicho Auto de inadmisión (rollo núm. 797-2004), achacando a éste falta de motivación (arts. 120.3 y 24.1 CE; 206.2 LEC y 248.2 LOPJ), y no haber dado respuesta a la petición de aplicación preferente de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, que permite reabrir aquel proceso anterior firme, con lo que, dicen las recurrentes, «se nos ha privado del derecho fundamental a obtener una resolución fundada en Derecho y se nos ha causado una clara indefensión». De cualquier modo y aun si se entendiera que el Juzgado negó implícitamente la aplicación de aquella disposición transitoria por su derogación tácita por la nueva LEC 1/2000, reiteran las apelantes sus razones para seguir considerando de preferente aplicación la norma especial, teniendo en cuenta el art. 39.2 CE y el derecho al establecimiento de la filiación verdadera. Una vez sustanciado el procedimiento de apelación, la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Auto resolutorio el 14 de marzo de 2005, desestimando el recurso. Tras considerar suficiente la motivación del Auto del Juzgado desde la perspectiva constitucional del art. 24.1 CE, la Audiencia entra en el examen de fondo de la decisión de inadmisión de la demanda.

Por escrito de 29 de abril de 2005 las apelantes promovieron incidente de nulidad de actuaciones contra el anterior Auto de la Audiencia, imputándole de un lado el no haber reparado la falta de motivación que ya se le reprochaba al Auto del Juzgado *a quo*, en cuanto a

la aplicación preferente de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981; de otro lado y como vulneración *ex novo* de la segunda instancia, se aduce incongruencia *extra petita* del Auto de la Audiencia al no haberse limitado ésta a resolver el recurso planteado dentro de los límites del debate previo, sino que introduce para ello un tema nuevo como sería el de la aplicación del art. 9.4 del Código civil (CC), sobre el que las recurrentes admiten que apenas hicieron una breve referencia *ad cautelam* en su demanda; pero sobre el que en todo caso nada había dicho el Juzgado en su Auto. Se afirma el carácter excepcional y nunca discrecional de las causas de inadmisión de demandas en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 24.1 CE, 11.3 LOPJ y 403 LEC), y se aduce que el imponerles la carga de probar una norma similar a aquella Disposición Transitoria Sexta, en la legislación del Estado de California, «está en frontal y evidente contradicción con el principio constitucional español sobre el que se asienta la institución de la filiación: la libre investigación de la paternidad y la prevalencia de la verdad biológica o material». La Audiencia Provincial, mediante providencia de 24 de mayo de 2005, decretó la inadmisión a trámite del incidente de nulidad «al no concurrir los requisitos previstos en el artículo 228.1.º de la LEC, pretendiendo dicha parte una nueva valoración de las cuestiones decididas por la sentencia de esta sección de fecha 14 de marzo de 2005».

Doña María Sol, doña Flor de María y doña Florangel interpusieron recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que declaró que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las recurrentes, acordando la nulidad de los Autos tanto del Juzgado como de la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento inmediato anterior a dictarse aquel Auto del Juzgado para que, en su lugar, se pronuncie nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

I. Razonamiento jurídico del Juzgado para no admitir la demanda de impugnación de paternidad

Como fundamento de dicha decisión denegatoria, se expone en el razonamiento jurídico único del Auto lo que sigue: «El artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su apartado 2 que “los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme”, por lo cual procede en el presente caso acordar dicha inadmisión, dado que existe una sentencia firme de 2 de septiembre de 1970 del Juzgado Cuarto de lo Civil de Lima (doc. 4), declarando la filiación que se pretende impugnar».

II. Razonamiento jurídico de la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación

«Es preciso destacar que estamos ante un supuesto en el que hay un elemento extranjero de carácter relevante por lo que para dar respuesta al problema planteado no procede aplicar directamente el derecho material español (en este caso la DT Sexta tantas veces mencionada) obviando la existencia de ese elemento extranjero, como pretende la parte recurrente; por el contrario se han de aplicar las normas de conflicto de Derecho español como impone con carácter imperativo el art. 12.6 del Código Civil para determinar cuál es el derecho material aplicable al caso sometido a la deliberación del[a] Sala. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española como

dice el art. 12.1 del Código Civil; así, el art. 9.4 del citado cuerpo legal dice que “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”; vemos por tanto que hay que estar a la ley personal del hijo que es la determinada por su nacionalidad (art. 9.1 del CC); en consecuencia, habrá que acudir a la ley personal de doña María para ver si de acuerdo con su legislación correspondiente a su nacionalidad es admisible lo reclamado por la parte actora hoy recurrente; pero en la documentación aportada sobre el derecho del Estado de California (EEUU) (folios 60 a 64) no resulta una norma semejante a la contenida en la Disposición Transitoria Sexta de la ley española 11/1981. A mayor abundamiento tampoco se ha acreditado por la parte interesada si la ley peruana admite la aplicación de la citada Disposición Transitoria Sexta, ya que de la documentación que se aporta respecto a la ley peruana se infiere que en dicho país, en efecto, se admite la práctica de la prueba biológica en procedimientos de filiación desde 1999; pero no consta que dicha disposición tenga carácter retroactivo, ni tampoco se acredita que se permita, a pesar de existir una sentencia firme anterior sobre filiación, que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva. Por todo lo argumentado no procede aplicar al caso de autos la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 y habida cuenta que los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas, con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales —(art. 3 de la LEC)— es aplicable el art. 764.2 de la LEC que dispone que “Los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme”; por lo que el Juez *a quo*, al haber inadmitido la demanda ha resuelto conforme a derecho cuya resolución se ha de confirmar».

III. Base jurídica del recurso de amparo

La demanda de amparo denuncia en primer lugar la infracción del art. 24.1 CE tanto del Auto

del Juzgado como de la Audiencia Provincial, imputando a ambas resoluciones la lesión de su derecho de acceso a la jurisdicción, por carencia de fundamentación, arbitrariedad y falta de lógica en la elección de las normas legales aplicables a la decisión adoptada. Se insiste en que no se les ha dado respuesta al porqué de la no aplicación preferente de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 sobre el art. 764.2 LEC, dada la naturaleza procesal de ambos preceptos, optando la Audiencia por resolver el recurso empleando un fundamento jurídico *ex novo*, el de la aplicación al asunto de autos del art. 9.4 CC, sobre el que no se había debatido en primera instancia ni tampoco en apelación, apareciendo por sorpresa en el Auto resolutorio de la Audiencia, sin haberles oído.

Se sostiene también el carácter tasado de los motivos de inadmisión de demandas del art. 403 LEC, y que la Audiencia incurre en «arbitrariedad o error patente» al calificar la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 como norma material, por mucho que se contenga en una ley de reforma parcial del Código Civil.

Como conclusión a esta primera queja, se afirma que los dos Autos impugnados han privado a las recurrentes de su derecho de acceso a los Tribunales de justicia, al no permitir el enjuiciamiento de fondo de sus pretensiones.

La segunda queja del recurso de amparo argumenta que la decisión de inadmisión de la demanda, acarrea además una desigualdad ante la ley (art. 14 CE) pues «nuestras mandantes (dos de ellas con nacionalidad española y la tercera con residencia oficial en España desde hace treinta años) no pueden impugnar la filiación de una supuesta hija biológica de su padre» sólo por el hecho de que la demandada tiene o ha adquirido una nacionalidad distinta de la española. Parece evidente, remachan, «que ello implica un trato discriminatorio ante la ley, máxime cuando la Constitución española reconoce expresamente el derecho a investigar la verdadera filiación biológica, o a impugnar una filiación declarada por Sentencia, pero que presuntamente no se corresponde con la verdadera filiación biológica».

Se solicita así el otorgamiento del amparo para que, con declaración de nulidad de los

dos Autos impugnados, se ordene retrotraer las actuaciones al momento de presentación de la demanda y «se dicte nueva resolución ajustada a la Ley y a la Constitución»; o si sólo se anula el Auto de la Audiencia que se retrotraigan las actuaciones a un momento anterior a éste, «para que la Audiencia resuelva el recurso de apelación conforme a la Ley y a la Constitución».

IV. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones registrado el 12 de marzo de 2009, por el que interesó el otorgamiento del amparo.

Tras pasar revista a los antecedentes procesales y recordar los motivos de la demanda de amparo, entra a analizar la primera de sus quejas fundada en la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), distinguiendo la respuesta dada por el Juzgado a la inadmisión de la demanda de las recurrentes, y la que luego ofrece la Audiencia Provincial en apelación. Respecto de la primera de ellas, el Auto del órgano *a quo*, entiende la Fiscalía que éste contiene una motivación que aunque «esquivamente escueta y parca», resulta constitucionalmente suficiente para entender que al optar por la aplicación del art. 764.2 LEC, estaba a su vez rechazando la de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 que pedían las actoras, sin que corresponda a este Tribunal Constitucional la labor de controlar el acierto de esa decisión; siendo que incluso las recurrentes admiten esa denegación implícita en su escrito de nulidad de actuaciones.

Distinto se aprecia sin embargo por el Ministerio público, el razonamiento del Auto de la Audiencia Provincial para desestimar la apelación interpuesta. Así, articulado dicho recurso devolutivo, en lo esencial, en tener que resolver cuál de las dos normas en liza devenía de preferente aplicación al caso, si la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 o el art. 764.2 LEC, la Audiencia resuelve esta disyuntiva legal incurriendo en una quiebra lógico-jurídica en su argumentación pues la misma no se ajusta al «estándar de razonabilidad exigido constitucionalmente». Al entender de la Fiscalía la Audiencia elude la verdadera cuestión a debate, justificando la no aplicación

de la Disposición Transitoria Sexta en su carácter de norma material para, gracias a ello, invocar las reglas de conexión de los arts. 12.6, 12.1 y 9.4 CC que reenvían a la ley material del hijo (aquí, la demandada doña María), y sobre esa base reprochar a las actoras el no haber aportado prueba de la existencia de una norma similar en el derecho californiano o peruano, lo que justificaría aplicar un precepto que sí se califica por la Audiencia como procesal, como es el art. 764.2 LEC.

Pues bien, al margen de apuntar la Fiscalía que, en realidad, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 no es una norma material sino procesal «cuya finalidad era posibilitar el ejercicio de las acciones de filiación a pesar de existir una anterior sentencia firme siempre que se fundamentara en nuevos hechos o pruebas», señala que la inadmisión de la demanda queda de tal guisa confirmada por la Audiencia, mediante una argumentación que se reputa «más propia del momento de enjuiciamiento o de decisión de la cuestión de fondo», que de una inadmisión previa. Es decir, una argumentación que sólo cabría adoptar al final del proceso y tras permitir a las partes aportar prueba sobre el derecho extranjero aplicable, conforme garantiza el art. 281.2 LEC. Sin embargo, explica la Fiscalía, la Audiencia «lo hace en un momento procesalmente inadecuado, esto es, en el momento de decidir sobre la admisión o no de la demanda cuando ni siquiera se había abierto el período probatorio», negando esta posibilidad a las demandantes. Añade el escrito del Fiscal que tal argumentación judicial comporta un desenfoque del debate en apelación —ceñido, se insiste, a la elección entre la Disposición Transitoria Sexta y el art. 764.2 LEC— que «en ningún caso, podía fundamentarse en la falta de acreditación del contenido del Derecho extranjero aplicable como hace la resolución judicial impugnada». De ahí que se interese el otorgamiento del amparo y la declaración de nulidad del Auto de la Audiencia Provincial por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes, así como de la providencia de ulterior inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones promovido por aquéllas.

V. Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo

1. A fin de centrar adecuadamente los términos del debate planteado en esta jurisdicción constitucional, procede indicar que el presente amparo se interpone contra los Autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 71 de Madrid y la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (este último, confirmando aquél en apelación), por los cuales se inadmite a trámite la demanda de impugnación de filiación presentada por las aquí recurrentes en amparo contra doña María, quien figura como hija extramatrimonial del padre de aquéllas, don Marcos —ya fallecido al tiempo de promoverse la demanda—, a virtud de una Sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Lima en el año 1970.

Según las recurrentes, y en lo que aquí importa resolver, la declaración judicial de paternidad se dictó en una época en la que no existían pruebas heredobiológicas que permitieran acreditar fehacientemente el parentesco entre dos personas, tal como sí es posible establecer en la actualidad. Las recurrentes interpusieron la demanda invocando la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma parcial del Código Civil (CC), que autoriza el ejercicio de una acción de impugnación filiatoria aun existiendo Sentencia firme que declare el estado que se pretende cuestionar, si la acción se funda precisamente en «pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». Frente a esta solicitud, el Juzgado *a quo* respondió con una inadmisión a trámite de la demanda, aplicando el art. 764.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que impide impugnar una filiación ya establecida por Sentencia firme, sin hacer mención alguna de aquella Disposición Transitoria Sexta.

Interpuesto entonces recurso de apelación, la Sección competente de la Audiencia Provincial confirmó el rechazo *a limine* de la acción, empleando para ello dos razonamientos principales: a) el primero, indicando que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 no puede aplicarse porque concurriendo un elemento de extranjería en la acción que se pro-

mueve —la nacionalidad y residencia de una de las codemandadas—, ha de atenderse antes a las normas de conflicto previstas en los arts. 9.1 y 9.4 CC, de lo que resulta, según la Audiencia, que para admitir a trámite la demanda tenían las actoras que probar *ab initio* que en el Derecho californiano (lugar de residencia de la demandada) o bien en el ordenamiento de Perú (donde se dictó la Sentencia aludida) existe un precepto similar a aquella Disposición Transitoria Sexta, que permita por tanto impugnar la filiación fijada ya por Sentencia firme; carga probatoria esta que las actoras no han cumplido; b) como consecuencia de no poder aplicar la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, la Audiencia afirma que «los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas», aplicando entonces el art. 764.2 LEC que impide la acción tendente a desvirtuar una Sentencia de filiación firme, lo que lleva a la desestimación del recurso y la confirmación de lo resuelto por el Juzgado.

Frente a esto se levanta la demanda de amparo, alegando dos quejas: una primera por lesión del derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, derivada de la inadmisión de su demanda de impugnación de paternidad, atribuyendo asimismo incongruencia *extra petitum*, defectuosa motivación e irrazonabilidad al Auto de apelación; y una segunda queja por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14. CE).

Nuestro análisis constitucional ha de ceñirse por tanto al examen del concreto óbice de inadmisión a la demanda apreciado por las resoluciones impugnadas, sin que nos corresponda acometer un control general de los requisitos sustantivos y procesales de la acción de impugnación de filiación ejercitada por las recurrentes, juicio este de legalidad ordinaria que recae sobre los Tribunales competentes, a los que no cabe por ello sustituir máxime cuando nada al respecto se ha planteado por las partes del recurso.

Para la debida respuesta de las quejas, procede seguir el orden mismo de su exposición.

2. Así, en primer lugar, acerca del acceso a la jurisdicción, vertiente del derecho fun-

damental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha recordado hace poco en STC 5/2009, de 12 de enero, FJ 4, con cita de su anterior STC 33/2008, de 25 de febrero, FJ 2.a), que el mismo «comprende el derecho a obtener “una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que sea también respetuosa con este derecho fundamental una resolución judicial de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 1; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2; 221/2005 entre otras muchas)”. Al regirse su interpretación y aplicación al caso concreto por el principio *pro actione*, nuestro canon de control no se limita a la verificación de si la resolución de inadmisión incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, juicio de proporcionalidad que ha de ponderar, de una parte, los fines que intenta preservar la resolución cuestionada y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican (últimamente, para el proceso civil, SSTC 6/2008, de 21 de enero, FJ 2; 110/2008, de 22 de septiembre, FJ 2)».

Más en concreto, por lo que atañe a la decisión de inadmitir una demanda civil por adolecer ésta de algún requisito legal, tenemos sentado que «la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para

suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete en la interpretación de las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas)» [STC 144/2004, de 13 de septiembre, FJ 2 b). En el mismo sentido, STC 127/2008, de 27 de octubre, FJ 3.a)].

Si lo que se cuestiona es la labor judicial de selección y aplicación de la norma aplicable, aun tratándose ésta de una función atribuida a la jurisdicción ordinaria ex art. 117 CE (SSTC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3; 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6), la misma puede resultar como se sabe objeto de control desde la perspectiva de la lesión del derecho a una resolución fundada (tutela judicial efectiva), tanto por aplicarse normas derogadas (SSTC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 290/2006, de 9 de octubre, FFJJ 3 y 5, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 7), como por postular una interpretación extravagante de la norma que altera los criterios de selección. Pero también y en lo que aquí sobre todo importa considerar, cabe su control constitucional bajo el canon del principio *pro actione* y con más intensidad todavía, en la medida en que se haya producido una hermenéutica de la norma en exceso rigorista, conducente a un sacrificio desproporcionado del citado derecho de acceso a la justicia (SSTC 154/2007, de 18 de junio, FJ 4, y 40/2009, de 9 de febrero, FJ 5).

3. La doctrina que acaba de exponerse, conduce a la estimación de esta primera queja de la demanda de amparo. Por lo que hace referencia al Auto de inadmisión dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en éste se adopta

como veíamos dicha decisión aplicando exclusivamente el art. 764.2 LEC; concediendo efectos de Sentencia firme en España a la dictada por el Tribunal de Lima en 1970 y que las recurrentes aportaron junto con su demanda. Sin que se argumente sobre validez, firmeza y ejecutividad en España de dicha Sentencia extranjera. Pues bien, pese a lo señalado por el Ministerio Fiscal no existe dato objetivo alguno que permita colegir, ni siquiera de modo tácito, que el Juzgado tuvo en cuenta la posible aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 que las actoras reclamaban. Así, ni el Auto contiene argumentación alguna en relación con la aplicabilidad de este precepto legal, sea en sentido positivo como negativo, ni en sus antecedentes de hecho se da cuenta siquiera de la fundamentación de la demanda donde aquella disposición transitoria se invocaba. Bajo ese silencio absoluto, no podemos sino ceñirnos a la evidencia de lo que se lee, que no es otra cosa sino que el Juzgado cita y aplica como única norma posible para resolver sobre la admisión a trámite de la demanda al citado art. 764.2 LEC, con el resultado ya conocido de impedir su tramitación.

A los efectos de nuestro control externo de constitucionalidad, se constata que una decisión judicial que ha de dirimir si aquella Sentencia extranjera podía o no producir el efecto impeditivo de un nuevo proceso, no puede pronunciarse prescindiendo de plano y sin motivación alguna de si puede o no aplicarse aquella Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, como si sólo existiera el art. 764.2 LEC, cuando la parte actora la ha invocado aduciendo la concurrencia de los requisitos fácticos necesarios para su aplicación (inexistencia de la prueba de ADN cuando se dictó la Sentencia impugnada, posibilidad de practicarla ahora, altísima fiabilidad concedida a la misma por los Tribunales españoles) y dicho precepto no aparece derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Única 2.1 LEC 1/2000, la cual contiene un largo listado de normas del Código Civil del que, sin embargo, está ausente la Disposición Transitoria Sexta referida. Exigía en definitiva una respuesta razonada sobre su aplicación o no y la razón de ser de ello, que al no ofrecerse aquí implica un vacío dialéctico en la labor de selección de la norma jurídica aplicable, sin tomar en

cuenta el drástico efecto de inadmisión a trámite que acarrea tal decisión, a espaldas por tanto del principio *pro actione* que rige en esta primera fase jurisdiccional, con el resultado de la pérdida del derecho al proceso de las recurrentes, lo que comporta la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se denuncia.

Ha de tenerse presente, por lo demás, que este Tribunal ha declarado que las acciones impugnatorias de la filiación sirven también al fin de garantizar la efectividad del derecho a la investigación de la paternidad del art. 39.2 CE, sin que pueda impedirse su ejercicio sin razón o justificación alguna, o afectando el derecho de acceso a la jurisdicción (SSTC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, y 156/2005, de 9 de junio, FJ 2).

4. Con una construcción jurídica más compleja, la respuesta que ofrece en apelación el Auto de la Audiencia Provincial a la solicitud de las actoras para la admisión a trámite de su demanda, no supera tampoco el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente. En principio, la apreciación judicial de que los hechos del caso presentan un elemento de extranjería como es la nacionalidad y residencia de la code mandada doña María, o el país donde se ha dictado la Sentencia que se invoca, y que ello obliga a atender a las reglas de conflicto de los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil, constituye un juicio de legalidad ordinaria del que, en principio y por ello mismo, no cabría hacer reproche en este proceso de amparo. Además, su aplicación *ex novo* por el Auto de la Audiencia no puede reputarse como una injerencia judicial indebida en la configuración del objeto litigioso, causante por ello de incongruencia e indefensión: primero, porque la aplicación de esas reglas de conflicto, cuando proceden, devienen de carácter imperativo *ex arts.* 12.1 y 12.6 CC. Segundo y no menos relevante, porque como las propias recurrentes de amparo admiten, el art. 9.4 CC fue objeto de consideración en su escrito de demanda de primera instancia, lo que supuso que ellas mismas lo introdujeron al debate desactivando así cualquier atisbo de incongruencia.

Ahora bien, a partir de esa invocación a las reglas de conflicto el Auto de apelación deduce una consecuencia anudada, no ya a una decisión de fondo de la controversia una vez sustanciado

el proceso, sino a la inadmisión *a limine* de la demanda, al imponer a la parte actora la carga de la prueba de una norma extranjera similar a la Disposición Transitoria Sexta de nuestra Ley 11/1981. Carga de la prueba que si no se satisface *ab initio* implica, según la Audiencia, la imposibilidad de aplicar aquella norma y sí el art. 764.2 LEC, lo que trae consigo la inadmisión de la demanda pues este último precepto prohíbe impugnar sin excepciones toda filiación ya declarada judicialmente. Es esta línea de razonamiento judicial empleada por el Auto, precisamente, la que reincide en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las recurrentes, en los términos que ahora se expondrán.

El Auto de apelación recurrido empieza por sostener que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 deviene un precepto material, mientras que el art. 764.2 LEC lo es de naturaleza procesal. No aporta sin embargo las razones para poder discernir esta diferente calificación, siendo que ambos dispositivos se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepción para la inimpugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente, según hemos visto ya.

Esa diferencia se afirma sin más de manera apodíctica y, apoyándose en ella, el Auto de apelación excluye la aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981 al no haberse acreditado una norma extranjera de similar tenor. Sin embargo, no hace lo propio con el art. 764.2 LEC, sobre el que no plantea la posible incidencia de reglas de conflicto internacional, dejando expedita su aplicación con el resultado de inadmitirse la demanda ahora por presunto óbice de cosa juzgada, en virtud de la Sentencia peruana. Óbice que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, de haberse podido aplicar, habría desactivado.

Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole, distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con resultado de impedir el derecho a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda (art. 24.1 CE).

5. Para que, además, la eficacia de una norma de Derecho interno como es la tantas veces citada Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1981, pueda quedar condicionada por la previa acreditación de otra norma extranjera de similar tenor, como postula el Auto de apelación recurrido en amparo, tendría que preverse así en algún precepto legal, o que esa reciprocidad normativa derivase de su inclusión en algún convenio o tratado internacional suscrito por España, en concreto aquí respecto de las Sentencias de filiación dictadas por los Tribunales de Perú o del Estado norteamericano de California, lo que no es el caso y desde luego tampoco el Auto de la Audiencia identifica ningún instrumento jurídico que marque tal exigencia.

La consecuencia práctica de todo ello, es que los Tribunales españoles han dejado de conocer de un asunto que, en principio, resultaba de su jurisdicción, como es la acción de impugnación de filiación instada por las recurrentes (arts. 21 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 36 LEC), al levantarse un óbice de procedibilidad de la acción no contemplado para este ámbito concreto por nuestro ordenamiento, sin concesión alguna al principio *pro actione* que constitucionalmente ha de inspirar el acceso a la Jurisdicción.

Como tenemos declarado en nuestra STC 61/2000, de 13 de marzo, FJ 5: «negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada, cualquiera que fuera el sentido de ese pronunciamiento, en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, no es que resulte desproporcionado respecto a los fines que justifican la existencia de causas legales que impiden el examen del fondo, sino que supone descartar cualquier relevancia de aquellos fines, tanto como de las reglas concretas que a éstos sirven. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal, es decir, en el art. 22 LOPJ, dejados de lado los diversos convenios internacionales, aquí inaplicables. En tales reglas, y sólo en las

mismas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto».

6. Procede por tanto la estimación de este primer motivo de la demanda de amparo, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las recurrentes, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, lo que hace innecesario adentrarse en el estudio de la segunda de las quejas, la relativa a la posible

lesión de su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

Resta considerar tan sólo el alcance anulatorio de la presente Sentencia, *ex art.* 55.1.a) LOTC. A tal efecto, procede decretar la nulidad de ambas resoluciones judiciales impugnadas; así como la de la providencia que inadmitió el incidente de nulidad contra el Auto dictado en apelación; debiendo acordarse la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la admisión a trámite de la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, de manera que este último provea de manera respetuosa con el derecho fundamental que le reconocemos a las recurrentes.

TRIBUNAL SUPREMO

RÉGIMEN DE VISITAS

Es procedente no fijar un régimen de visitas cuando se considera probada la conducta violenta del padre dado que según la Sentencia de la Audiencia Provincial existen pruebas de una posible situación de violencia familiar y, aunque el padre no ha sido condenado por haber acabado el procedimiento con perdón de la ofendida, la madre se ve obligada a vivir en una vivienda facilitada por la Administración en respuesta a las situaciones de violencia y el padre puso de relieve los episodios de violencia ocurridos durante las vistas celebradas, siendo acordado su desalojo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Andrea y D. Octavio habían mantenido una relación de hecho, de la que había nacido un hijo, Luis Alberto.

Al finalizar la relación, D.ª Andrea interpuso una denuncia penal, que derivó en unas Diligencias urgentes ante el Juzgado de Instrucción n.º 7 de Las Palmas de Gran Canaria. El 30 de abril de 2005 se dictó una orden de protección.

Las diligencias urgentes fueron transformadas en el juicio de faltas 156/2005, dictándose auto de sobreseimiento libre el 18 de noviembre de 2005.

El Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria dictó el 7 de septiembre de 2005 un auto de medidas cautelares en relación a la guarda y custodia del menor Luis Alberto, en el que: a) se atribuyó la guarda y custodia a la madre; b) se reconoció la patria potestad compartida con el otro progenitor; c) no se estableció un régimen de visitas para el padre ni la abuela paterna, y d) se estableció la cantidad de 60 euros para alimentos.

D.ª Andrea demandó al otro progenitor, D. Octavio, pidiendo que el hijo menor quedara bajo el cuidado y custodia de la madre; que «debido a que el menor acaba de cumplir su primer año de edad, el padre sólo podrá visitarlo con la madre presente o quien ésta designe todos los jueves en horario de tarde en el lugar que también designe la madre», y que se fijara una pensión mensual por alimentos.

D. Octavio se opuso pidiendo que se reconociera la titularidad y el ejercicio compartido de la patria potestad por ambos progenitores, así como que se reconociera el derecho de visitas de la madre y una cantidad por alimentos.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 13 de octubre de 2005 que estimó la demanda. Declaró probado el comportamiento violento del demandado que, además, hubo de ser desalojado durante la celebración de la vista y estimó procedente el mantenimiento de las medidas acordadas en el auto de 7 de septiembre de 2005, resumido en el n.º 4 de estos hechos.

En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 11 de julio de 2007 desestimando el recurso. Entendía que: a) no se produce incongruencia *extra petita* porque si bien se pidió en la demanda un régimen de visitas, en la vista del proceso principal la representación letrada de la demandante modificó su petición, solicitando que se confirmase la falta de tales visitas acordada en el proceso cautelar; b) los artículos 751 y 752 LEC establecen que los procesos de derecho de familia se decidirán de acuerdo con los hechos probados y que hayan sido objeto de debate, independientemente del momento en que hayan sido alegados; c) en estos procesos se trata de «[...] cuestiones de orden público y derechos de los menores», por lo que los Jueces y tribunales «no se deben ver sometidos al estricto régimen del corsé del principio dispositivo, rogatorio, ya que los intereses del menor se han de imponer a los demás derechos dirimidos en el proceso, y muchísimo más, a las posibles formalidades procesales de presentación de prueba o de alegación ante el Tribunal»; d) respecto a la cuestión de fondo, entiende la Sala que existen pruebas de una posible situación de violencia familiar y que aunque el padre no ha sido condenado por haber acabado el procedimiento con perdón de la ofendida, estas pruebas deben valorarse, porque la «demandante, en la actualidad, se ve obligada a vivir en una vivienda facilitada por la administración en respuesta a las situaciones de violencia de familia», hecho este que no ha sido negado; e) finalmente, pone de relieve los episodios de violencia ocurridos durante las vistas celebradas, con desalojo de la sala.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Antes de proceder al examen del caso concreto, debe recordarse cuál es la finalidad del derecho de visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008, de 22 diciembre, señala 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 del 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 desarro-

llo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos». Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, «contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 (“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al in-

terés superior del niño”); así también el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 (“En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño”); igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (“Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”)).

De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el artículo 94 CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo «[...] podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen [...]». La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial en el artículo 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que establece que «1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija». Asimismo, el artículo 233-8.3 del Código Civil de Cataluña, que establece que «la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor».

Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce

cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dice que «El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera» y el artículo 66 admite que «El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes».

En el presente recurso de casación se impugna una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Así, se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreseyeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendían en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijo menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base a la protección del interés del menor.

Respecto a las sentencias que el recurrente alega para justificar el interés casacional a cuyo amparo interpone el presente recurso de casación, debe negarse que puedan fundar el presente recurso. Así, la Sentencia de 9 de julio de 2002, estima que concurre falta de prueba de los factores de riesgo de despreocupación por parte del padre y alejamiento temporal y por tanto admitía el recurso porque no se había probado el perjuicio, que en cualquier caso, no tenía nada que ver con episodios de violencia; en la de 19 de octubre de 1992 no se apreciaron circunstancias de riesgo, así como en la de 21 de julio de 1993. Por ello no puede alegarse un interés casacional que resulta absolutamente artificioso, frente a una apreciación de la prueba por parte de los jueces que han intervenido en el presente procedimiento, que han llegado a la conclusión que la conducta del padre llevada a cabo hasta el momento de presentar el recurso, no permitía

apreciar que el interés del menor quedara protegido si se reconocía a dicho padre el derecho de visitas. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de la modificación de medidas en el caso de que cambien las circunstancias que ahora han determinado la denegación.

La inadmisión del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Octavio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de julio de 2007, determina la del propio recurso.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La decisión de fijar un plazo temporal para percibir la pensión compensatoria en base a que la esposa conoce el mundo laboral aunque actualmente se encuentre desempleada, es respetuosa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Carlos Francisco contrajo matrimonio con D.ª Lorena. Tuvieron una hija nacida el 29 de julio de 1993. Su régimen económico matrimonial eran los gananciales. En el momento de producirse la ruptura matrimonial la esposa se hallaba de baja por desempleo.

D. Carlos Francisco interpuso una demanda pidiendo la separación y determinando cuáles habrían de ser las consecuencias de la crisis matrimonial en lo relativo a la patria potestad, el derecho de visitas del padre a la hija menor de edad, la atribución del domicilio familiar y los alimentos. Respecto a la pensión compensatoria se ofreció en la demanda el pago de 160 euros, atendiendo a la posibilidad de acceso a un puesto de trabajo, que ya había tenido la esposa y la cuantía del sueldo del marido y sus obligaciones.

D.ª Lorena contestó la demanda y formuló reconvenición; en ella suplicaba se accediese al divorcio, se atribuyese la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre y alegaba que no había lugar a la atribución de la vivienda por ser privativa de la esposa.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid dictó Sentencia el 15 de diciembre de 2006. Se accedió a la petición de divorcio formulada por la esposa en la reconvenición y respecto de la pensión compensatoria, única cuestión que es objeto del recurso de casación, dijo lo siguiente: «[...] la parte actora solicitó el establecimiento de ésta en la cantidad de 160 euros y en el acto de la comparecencia, se limitara esta cantidad a dos anualidades, las posibilidades de ésta en la actualidad necesitará de un tiempo de incorporación para poder trabajar debido a su disponibilidad personal, preparación y acceso pasado al mercado laboral, pero desde luego necesitará un tiempo para hacerlo plenamente ya que como manifestó trabajó como secretaria de dirección y en el Ayuntamiento de Madrid en el año 2005, 06, lo que transcurrido un tiempo podrá generar unos ingresos estables por lo que en atención a lo anterior se establece en la cantidad de 160 euros mensuales por cinco años, que transcurrido este plazo se extinguirá la pensión compensatoria».

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 19 de julio de 2007, desestimó el recurso de apelación de D.ª Lorena, estimando en parte el de D.

Carlos Francisco. Respecto a la pensión compensatoria dijo que: a) el obligado, D. Carlos Francisco, tiene al mismo tiempo otras obligaciones de tipo económico; b) percibe 1.200 euros mensuales; c) la Sra. Lorena conoce el mundo laboral, aunque actualmente se encuentre desempleada. Por ello «[...] procede igualmente confirmar el límite establecido para la vigencia de esta prestación, ahora bien, con la estimación parcial en el sentido de ser lo precedente fijar de plazo de vigencia de la pensión compensatoria de 3 años».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso presenta un motivo único, por interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta Sala en Sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005, que interpretan el artículo 97 CC. Después de recordar los hechos probados, dice que «la sentencia que se recurre debía haberlos valorado, para encuadrar la sentencia en la normativa aplicable y en la reiterada doctrina jurisprudencial». No está de acuerdo en que la sentencia base la decisión en el hecho de que la recurrente conozca el mundo laboral, aunque actualmente se encuentre en desempleo. Esta argumentación se enfrenta con el artículo 97 CC y con las dos sentencias citadas y señala que se exige por la jurisprudencia que la pensión asignada temporalmente cumpla una función reequilibradora, que no cumple en el presente supuesto. En este caso el divorcio produce una situación de desequilibrio, por lo que se incumple la función atribuida a la pensión en las sentencias que se citan.

El motivo se desestima. La Sentencia de 10 de febrero de 2005, dictada para unificación de doctrina, en un momento de división doctrinal de las Audiencias Provinciales entre ambas posibilidades, señala en primer lugar que «la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida-vitalicio», para añadir que «la ley —que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación»,

para finalizar diciendo que «ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal». Esta doctrina se ha completado, a partir de la Sentencia de 19 de diciembre de 2005, con la referencia a la modificación del artículo 97.1 CC (ver Sentencias de 9 y 14 de octubre de 2008 y 28 de abril de 2010). En consecuencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 15/2005, la pensión podrá constituirse por un período de tiempo concreto, o bien de forma indefinida.

Reproducida la doctrina de esta Sala, hay que examinar el otro requisito a que se refiere la recurrente y que aplica a partir de la doctrina de la Sentencia de 10 de febrero de 2005, que cita como infringida. La Sala sentenciadora en la sentencia recurrida ha valorado los elementos que concurren en este supuesto a la luz de lo que se establece en el artículo 97 CC de conformidad con las pruebas que constan en el procedimiento y llega a la conclusión que ahora se impugna. En realidad lo que pretende aquí la recurrente es la revisión de las conclusiones de la sentencia en desacuerdo con la valoración de la prueba; pero debe advertirse, además, que la solución de la sentencia recurrida está de acuerdo con la doctrina de esta Sala sentada en la Sentencia del pleno de la misma de 19 de enero de 2010, cuya doctrina, expresada en sus fundamentos quinto y sexto, debe considerarse incorporada en este Fundamento.

La inadmisión del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D.^a Lorena, contra la Sentencia de

la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 24, de 19 de julio de 2007, determina la del propio recurso.

La solicitud de temporalizar de la pensión compensatoria no puede introducirse por primera vez con ocasión de interponer el recurso de casación. En el caso debatido se dan las circunstancias para fijar una pensión compensatoria sin limitación temporal pues después de más de 26 años de matrimonio la esposa cuenta con 50 años, siempre se ha dedicado a la casa y no tiene posibilidades de acceso a un empleo lo que contrasta con los importantes ingresos que obtiene el marido.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de marzo de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Mauricio interpuso demanda de divorcio frente a D.^a Sagrario, solicitando entre otras medidas la fijación de una pensión compensatoria de 1.000 euros mensuales.

D.^a Sagrario contestó a la demanda de divorcio y formuló reconvención solicitando que se estableciesen 6.000 euros mensuales en concepto de pensión compensatoria.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Valencia dictó Sentencia el 2 de abril de 2007 declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: «1.º) Se atribuye a D.^a Sagrario el uso y disfrute del domicilio familiar sito en Valencia, y ajuar doméstico en él contenido, hasta que otra cosa se decida en pleito liquidatorio. 2.º) Se desestima la petición respecto de la pensión alimenticia solicitada por D.^a Sagrario a favor de sus hijos a cargo de D. Mauricio. 3.º) Se fija a cargo de D. Mauricio en concepto de pensión compensatoria a abonar a D.^a Sagrario la cantidad de 2.800 euros/mes, a abonar de forma mensual, los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe D.^a Sagrario, actualizándose anualmente dicha cantidad conforme al IPC. Cada parte abonará las costas causadas y las comunes por mitad, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, e índole de la materia debatida en los presentes».

En grado de apelación, la Sec. 10.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 18 de septiembre de 2007 revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de señalar como pensión compensatoria la suma de 3.500 euros en lugar de los 2.800 señalados en la sentencia de instancia, así como señalar a favor de la hija Vicenta la suma de 600 euros mensuales en concepto de pensión alimenticia pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes, incrementándose anualmente con arreglo al índice de precios al consumo, manteniendo el resto de los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En relación con la única cuestión controvertida en casación, la pensión compensatoria, la sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho: La fijación y procedencia de la pensión compensatoria no es discutida por las partes, proponiendo el marido la cantidad de 1.000 euros al mes y la esposa reconviniendo la de 6.000 euros mensuales. La discrepancia mantenida por las partes en torno a la cuantía se ha de resolver valorando las circunstancias del artículo 97 CC en atención al resultado probatorio, lo que permite concluir que la suma propuesta por el esposo es demasiado escasa y que resulta más adecuada la cantidad de 2.800 euros mensuales, a abonar por el marido los cinco primeros días de cada mes, que además será actualizable conforme a IPC.

La Sentencia de la Sec. 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho: El presupuesto fáctico para el nacimiento de la pensión es la existencia de desequilibrio económico para uno de los cónyuges derivado de la separación o el divorcio que implique un empeoramiento respecto de la situación que tenía durante el matrimonio. Determina la necesidad de comparar patrimonialmente la posición de los esposos. Para valorar ese posible desequilibrio hay que sopesar la posición del otro cónyuge, no sólo la faceta económica sino también la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia, de forma que la consecuencia sea su empeoramiento respecto de la situación que disfrutaba durante el matrimonio. La enumeración del artículo 97 CC no es exhaustiva. En el caso de autos, concurren como circunstancias a tomar en cuenta a la hora de decidir sobre la cuantía y duración de la pensión compensatoria a cargo del marido y a favor de la esposa las siguientes: 1.º) la duración del matrimonio (26 años), 2.º) la edad que tenían al contraerlo y la actual 25 y 24 años de edad, frente a 51 y 50 años, a fecha de la sentencia de apelación, 3.º) la dedicación continuada de la esposa al cuidado de los hijos, renunciando a trabajar, 4.º) la práctica imposibilidad de incorporarse al mercado de trabajo en esas cir-

cunstancias y 5.º) la diferencia de ingresos, con unos acreditados del marido en torno a 227.000 euros dadas sus numerosas propiedades y negocios. Estas circunstancias evidencian que la separación ocasiona a la esposa un desequilibrio que debe ser corregido a través de una pensión compensatoria de 3.500 euros mensuales, en lugar de los 2.800 euros señalados en la sentencia de primera instancia.

El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Mauricio, se formula al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a jurisprudencia de esta Sala Primera y cita como infringido el artículo 97 CC. El recurso consta de un motivo único, que se introduce con la fórmula de un escrito alegatorio. En motivo se fundamenta, en síntesis, en lo siguiente: Primero. Infracción del artículo 97 del Código Civil. La sentencia recurrida no toma en consideración de modo armónico y adecuado la situación económica del actor o promotor del procedimiento de divorcio al imputar como renta, y por ende, como ingreso ordinario y corriente, lo que fue un ingreso extraordinario. Tampoco valora que desde junio de 2007 dejó de percibir el actor la contraprestación que percibía como miembro de la Corporación Municipal del Ayuntamiento de Benidorm. Además, la edad de la esposa no le impide trabajar en atención a su formación intelectual y académica. Segundo. La sentencia recurrida supone un enriquecimiento injustificado de la esposa, y vulnera los principios de proporcionalidad al caudal de alimentos del que da la pensión y armonía con las necesidades del que los recibe, dado que los hijos ya son mayores de edad y viven de forma independiente. Tercero. La pensión compensatoria del artículo 97 CC no es vitalicia sino que ha de interpretarse a tenor del momento sociológico en el que nos hallamos. Teniendo en cuenta la edad de la perceptora, la ausencia de hijos menores o personas a su cargo que le impidan a acceder al mercado laboral, su buen estado de salud, la duración de la convivencia conyugal respecto al conjunto de años

vivididos por cada cónyuge y las oportunidades que le ofrece la sociedad para poder trabajar, son factores que dan idea de la posibilidad de obtener ingresos y autonomía económica en un plazo de tiempo determinado. Así la jurisprudencia ha venido a reconocer la fijación de límites temporales para la percepción de la pensión compensatoria. Cita las SSTS de 10 de febrero de 2005 y 19 de diciembre de 2005. Debe tenerse en cuenta que el actor aceptó pagar una pensión de 1.000 euros al mes, de modo que, el no aceptarse de contrario debe dar lugar al menos a fijar un límite temporal de cuatro años a partir de la firmeza de la sentencia, dado que la suma propuesta sólo vincula en caso de aceptación de adverso, lo que no tuvo lugar. Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte sentencia estimatoria del mismo, casando y anulando la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, en rollo 663/2007, de 18 de septiembre de 2007, en lo relativo a la cuantía de la pensión compensatoria que debe reducirse o fijarse en la suma de mil euros mensuales (1.000 euros/mes) y fijarse con un carácter temporal de cinco años».

El motivo, que se introduce con una fórmula propia de un escrito de alegaciones, gira en torno a la infracción del artículo 97 CC desde dos perspectivas: de una parte, desde el punto de vista de la cuantía de la pensión compensatoria, que se considera excesiva con respecto a la que resultaba procedente en atención a las circunstancias contempladas en dicho precepto, concurrentes en el presente litigio, siempre según la particular valoración que de las mismas se ofrece en contraposición a la que se recoge en la sentencia recurrida; de otra parte, y por vez primera en casación, desde la perspectiva de su duración, defendiéndose un límite temporal para su percepción (cuatro años según sus razonamientos, cinco años según los términos del suplico), en concordancia con la doctrina de esta Sala, que se dice vulnerada, que admite esa posibilidad (SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005). El motivo debe ser desestimado por lo siguiente:

A) Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuan-

to se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (SSTS de 28 de mayo de 2004, RC n.º 2171/1998, 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001 y 3 de diciembre de 2009, RC n.º 2236/2005). No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995, 1 de febrero de 2000, RC n.º 1400/1995, 10 de julio de 1996, RC n.º 3108/1992, 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995, 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000, y 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000).

La cuestión de la temporalidad de la pensión no ha sido objeto de debate en ninguna de las instancias precedentes, pues, desde un principio, el ahora recurrente aceptó su fijación en la cuantía que ahora reitera como más adecuada (1.000 euros mensuales), sin que nada dijera ni en su demanda, ni en la contestación a la reconvencción, ni al formular su recurso de apelación ni al oponerse al promovido de contrario, sobre que su percepción se limitara temporalmente. Que la controversia girase en torno únicamente a su cuantificación determina que el planteamiento de su posible limitación temporal resulte novedoso en casación, lo que es motivo suficiente para su desestimación.

B) A tenor de los criterios para recurrir que esta Sala viene señalando bajo el régimen de la vigente LEC, recogidos en el Acuerdo adoptado en Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, así como en innumerables autos de no-admisión y resolutorios de recursos de queja, la existencia de interés casacional, en cuanto presupuesto para recurrir, ha de quedar acreditada tanto en preparación como en fase de interposición del recurso. El artículo 481 LEC exige en esta segunda fase justificar la concurrencia del interés invocado en relación con cada infracción denunciada en preparación, incurriendo en caso contrario el recurso en la causa de no-admisión prevista en el artículo 483.2.2.º LEC, en relación con el artículo 481 LEC, que ha de apreciarse ahora como de desestimación, sin que sea óbice para ello la inicial admisión, pues constituye también

doctrina consolidada de esta Sala (SSTS de 5 de noviembre de 2007, RC n.º 3460/2000, con cita de las de 21 de marzo de 2007, 12 de marzo de 2007, RC n.º 939/2000, 23 de abril de 2007, RC n.º 4000/2000, 14 de mayo de 2007, RC n.º 2648/2000, 4 de julio de 2007, RC n.º 2739/2000, y 12 de julio de 2007, RC n.º 2871/2000, entre las más recientes) que la admisión tiene un carácter provisional.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 17 de octubre de 2008, RC n.º 531/2005 y RC n.º 2650/2003, de 21 de noviembre de 2008, RC n.º 411/2004 y de 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1722/2007) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 —a las que hace alusión la parte recurrente para acreditar el interés casacional—, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Ahora bien, el que sea posible el establecimiento de un límite temporal para su percepción no determina que la sentencia que no lo establezca vulnere aquella doctrina pues, además de ser tan sólo una posibilidad para el órgano judicial, su fijación depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquéllas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con

prudencia y ponderación. Y, como declaran, de entre las citadas, las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008, RC n.º 516/2005 y RC n.º 531/2005, respectivamente, y la de 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1722/2007, en un caso como el presente de fijación con carácter vitalicio, las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetadas en casación siempre que aquéllas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del Código Civil y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el mencionado juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los fijados por la jurisprudencia.

Incluso en la hipótesis de considerar como no novedosa la cuestión de la temporalidad, el expresado sentido de la doctrina existente sobre la materia determinan también la desestimación del motivo y del recurso, pues la AP apoya su fijación con carácter indefinido en factores que se encuentran entre los que menciona el artículo 97 CC —los cuales considera concurrentes en uso de su soberana facultad de valorar la prueba obrante, lo que excluye que se suscite controversia al respecto en casación—, en particular la edad de la esposa, la duración del vínculo matrimonial, la exclusiva dedicación a la familia y el tiempo apartada del mundo laboral, que permiten a la AP concluir, siempre con criterios de prudencia y ponderación, que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de manera que la función de restablecer el equilibrio consustancial a la pensión compensatoria sólo puede entenderse cumplida fijándola con carácter vitalicio. Por lo que tiene de razonable y acorde a las exigencias y parámetros expuestos la decisión impugnada ha de ser mantenida en casación.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Debe distinguirse entre el mero riesgo de desamparo y el desamparo real porque las medidas a tomar en cada caso son distintas, y en el presente caso la situación de desamparo no ha llegado a materializarse dado que los padres no han tenido la oportunidad de cuidar a su hijo y, si bien la madre se encuentra en manifiesta incapacidad para hacerlo, no ocurre lo mismo con el padre, por lo que procede dejar sin efecto la resolución administrativa.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 21 de febrero de 2011

Ponente: **Excm.a Sra. D.^a Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

El 3 de octubre de 2005, la Consejería de Vivienda y Bienestar social del Principado de Asturias dictó una resolución en la que declaró en situación de desamparo al niño Basilio y asumió la tutela legal del referido menor. Los hechos en los que basa la decisión son los siguientes: a) El niño Basilio nació el 29 de septiembre de 2005; b) los antecedentes del padre señalaban que era drogadicto, había sido condenado por hurtos, tenía una minusvalía reconocida del 67% provocada por diversas enfermedades producidas por el consumo de drogas y había protagonizado episodios de malos tratos a la madre; c) los antecedentes de la madre, D.^a Hortensia, demostraban que no había estado nunca escolarizada; que no conocía la forma y cuidados que debían proporcionarse a un recién nacido; tenía una minusvalía de 71'5% debida a una deficiencia mental, agravada por su déficit cultural, por lo que precisaba una supervisión continuada de su conducta; había tenido una hija en 1990, que había dado en adopción y había permanecido durante 9 años en el sanatorio Marítimo de Gijón, solicitando la baja voluntaria en 2004 en que inició la convivencia con D. Patricio; esta convivencia cesó en 2005, momento en que volvió a solicitar el ingreso en el mencionado Sanatorio, lo que fue imposible por falta de plazas; después volvió a reiniciar la convivencia con D. Patricio.

D. Basilio pidió la revisión de dicha declaración de desamparo en base a que no eran ciertos los hechos referentes a su persona, puesto que desde 2004 llevaba una vida relativamente adaptada, después de diversos tratamientos había dejado la droga y no había cometido más delitos.

D. Patricio presentó escrito oponiéndose a la resolución administrativa de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias.

Por auto de fecha 17 de enero de 2006, se acordó: «1. Admitir a trámite la oposición formulada por el Procurador D. Patricio, a la resolución administrativa de fecha 3 de octubre de 2005, dictada por la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, en relación con el menor Basilio. 2. Reclámese de la Consejería de Vivienda Y Bienestar Social del Principado de Asturias la remisión de un testimonio completo del expediente administrativo, que deberá ser remitido en el plazo de VEINTE DÍAS...». Recibido el expediente se acordó emplazar a la actora para que dentro del término de veinte días presentara la demanda.

D. Patricio presentó escrito interponiendo demanda contra la resolución administrativa de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias, de fecha 3 de octubre de 2005, recaída en el expediente n.º NÚM000, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dicte sentencia por la que anule la resolución de 3 de octubre de 2005 de la Consejería de Vivienda y Bienestar Social por no ser la misma ajustada a derecho, revocando la declaración de desamparo del menor Basilio, con los efectos derivados de tal declaración».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando el Ministerio Fiscal, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... se tenga por contestada la demanda y que tras la práctica de los trámites procesales oportunos, se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los principios invocados».

La representación de Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte resolución por la que se confirmen las medidas de protección asumidas por la Consejería de Vivienda y Bienestar Social respecto del menor».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Oviedo dictó Sentencia el 18 de julio de 2007 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 6 de mayo de 2008 revocando la de instancia y disponiendo en su lugar la restitución del apelante D. Patricio en la guarda y custodia sobre su hijo menor, ejerciendo los derechos de patria potestad sin limitación alguna, aunque acordando que por parte de los Servicios Sociales del Principado de Asturias se proceda a un seguimiento de la evolución del menor y de su situación familiar tendente a evitar cualquier desprotección del niño, de tal manera que tan pronto se detecte una situación de efectivo desamparo deberá procederse conforme señala el artículo 172 Código Civil.

La Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los argumentos que utiliza la sentencia de la Audiencia Provincial para acordar el reintegro del menor al padre son los siguientes: a) debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 172 CC y no el artículo 31 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, porque debe estarse a la normativa estatal; b) debe distinguirse entre el mero riesgo de desamparo y el desamparo real, porque las medidas a tomar en cada caso son distintas; c) en este caso la situación de desamparo «[...] no ha llegado a materializarse dado que los pa-

dres no han tenido la oportunidad de cuidar a su hijo, y si bien es cierto que la madre se encuentra en manifiesta incapacidad para hacerlo, no ocurre lo mismo con el padre a quien se le debe posibilitar el desempeño de tales tareas al resultar de la prueba practicada en el juicio que puede reunir aptitudes para ello»; d) «[...] la situación examinada no permitía la automática aplicación del régimen de tutela legal previsto» en el Código Civil. En consecuencia, la sentencia recurrida falla que se debe acordar la entrega del menor al padre, bajo las medidas de

seguimiento que deberá ejercer la Consejería, «de tal manera que tan pronto se detecte una situación de efectivo desamparo deberá procederse conforme señala el artículo 172 CC».

En el primer motivo, alega la Consejería de Vivienda y Bienestar Social del Principado de Asturias la infracción de los artículos 39.2 y 3 CE y de los artículos 10.1, 15 y 27.2 CE, en relación con los artículos 3.1 y 9.1 de la Convención de NU de los Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, por cuanto la sentencia no prima los derechos del niño, ni los derechos a su integridad física y moral, ni al desarrollo de la personalidad ni su derecho a la educación, conforme a los que deben interpretarse los artículos 154, 170 y 172 CC. Estos derechos han sido desatendidos, dado que de acuerdo con el testimonio de la propia abuela del menor, la familia tendrá que ser supervisada para que cumplan con la obligación de llevar al niño al colegio. Se trata de lesiones reales, concretas y efectivas de los derechos fundamentales si el niño regresa con su familia biológica, riesgo que es manifiesto y de todo punto indudable. Se opone la recurrente a la concepción que maneja la sentencia respecto al que denomina «desamparo potencial», puesto que el ordenamiento jurídico no exige que se deba poner en peligro la vida del menor para que pueda tomarse la medida de protección, ya que otra cosa sería contraria al principio del interés del menor.

El Fiscal considera que se ha producido una situación de riesgo constatado del niño Basilio, por lo que entiende que debería estimarse este motivo.

El motivo se desestima. Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Esta norma ha sido recogida en el artículo 3.1

de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que «En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que éstas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el artículo 172.4 CC, que resulta aplicable en este caso por la remisión que efectúa el artículo 31.1 de la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de 27 de enero, de Protección del Menor. Y ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, que aunque posterior a la ley autonómica, no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del artículo 39.4 CE, que establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos». En consecuencia, el artículo 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: «a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social».

En aplicación de este principio, la Sentencia de esta Sala de 31 de julio de 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta «[...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor [...]», de modo que «el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor». Y así esta Sala sienta la doctrina de acuerdo con la cual «[...] 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 [...]. Ciertamente esta sentencia resolvía un conflicto entre un acogimiento familiar acordado por el desamparo declarado del menor y la reclamación de la familia biológica, pero su doctrina resulta plenamente aplicable al caso planteado.

La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (artículo 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS de 31 de julio de 2009), y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

Dicho lo anterior, el motivo primero reconduce a una cuestión de apreciación de la prueba relativa a si la solución de la sentencia recurrida ha respetado el principio de protección del

menor. A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; c) el artículo 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación.

Todo ello permite a esta Sala entender que se ha protegido el interés del menor con la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Oviedo, en la sentencia ahora recurrida, lo que implica la desestimación de este recurso.

El Segundo motivo señala que existen soluciones contrarias en las Sentencias de la Sección 6.^a, de la Audiencia Provincial de Asturias de 2 de febrero de 2004 y en la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.^a, de 11 de abril de 2006, así como en la propia Audiencia Provincial de les Illes Balears, Sección 3.^a, de 12 de enero de 2006 con otra de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 18 de diciembre de 2007. En todas ellas existe una contradicción acerca de si es posible declarar a un menor en situación de desamparo sin esperar a que llegue a producirse esta situación de hecho.

El motivo se desestima. Las sentencias que se aportan para demostrar la presunta contradicción entre Audiencias Provinciales no contienen conceptos distintos de desamparo y de situación de riesgo que puede llegar a producir el desamparo. Se alega un interés casacional que no es capaz de realizar la función de unificación de doctrina jurisprudencial por tratar situaciones distintas de la que da lugar al presente procedimiento.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo tiene legitimación para solicitar la división de un bien ganancial que pertenece en pro indiviso también a terceras personas aun cuando no esté liquidada la sociedad de gananciales siempre que la esposa sea demandada en el procedimiento.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Aureliano era copropietario de las siguientes fincas: una tercera parte de la finca urbana n.º registral NÚM000 y una tercera parte de la finca rústica n.º registral NÚM001. Los otros copropietarios eran sus hermanos. D. Moisés y D. Florián y sus respectivas esposas.

D. Aureliano estaba separado de su esposa, D.ª Angelina. Los bienes pertenecían a su sociedad de gananciales.

D. Aureliano interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Moisés, D.ª Eulalia, D. Florián y D.ª Purificación y contra D.ª Angelina. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «... dictar sentencia por la que estimando íntegramente la demanda, se declare la división de la comunidad pro indiviso existente entre el actor y los demandados y se decreta: a) La indivisibilidad de las fincas descritas en los hechos primero y cuatro de este escrito. b) Que se proceda en período de ejecución de sentencia y de conformidad con lo establecido en los artículos 650 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto sean de aplicación, a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, de las fincas descritas en los hechos primero y cuarto repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a los porcentajes o cuotas de pro indiviso que, hasta ese momento, ostentaren el actor y los demandados. c) La condena a los demandados al pago de las costas y gastos causados a la actora en este procedimiento».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Moisés y D. Florián los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... por allanado y conforme con la división de la cosa común, la que habrá de realizarse mediante la formación de lotes, en la forma expuesta al hecho quinto de este escrito, al que nos remitimos en aras de la brevedad, con adjudicación al actor y a su ex esposa de aquél o aquellos que les correspondan en atención a su cuota de participación en las fincas cuya división se solicita, adjudicando el resto de los lotes a mis mandantes, lo que habrá de realizarse por los trámites previstos en el artículo 782 y ss. de la LEC en ejecución de sentencia, condenando al actor al pago de las costas de esta litis en atención a haber litigado con temeridad».

D.ª Eulalia y D.ª Purificación no contestaron a la demanda, por lo que fueron declaradas en rebeldía por providencia de 24 de enero de 2003.

D.ª Angelina se opuso a la demanda, por inviable, porque el actor pretendía que se le adjudicara la cuota correspondiente cuando la mitad de los bienes correspondientes a estas cuotas pertenecía a la sociedad de gananciales que aún no se había liquidado.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Molina de Segura dictó Sentencia el 9 de marzo de 2005 desestimando la demanda. La base jurídica fue la siguiente: a) la sociedad de gananciales se encuentra en procedimiento de liquidación, y b) la codemandada se opone expresamente a la división instada. De todo ello se llegaba a la conclusión que «[...] el actor no puede ejercitar la presente acción hasta tanto se haya liquidado la sociedad conyugal (o bien hasta que cuente con el consentimiento de la demandada), lo que no es el caso». En definitiva, se entendió que el actor carecía de acción para instar la división de la cosa común frente a su ex esposa hasta que no se hubiera procedido a la liquidación de la sociedad conyugal.

En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Murcia dictó Sentencia el 30 de marzo de 2007 desestimando el recurso interpuesto por D. Aureliano con el argumento siguiente: a) «[...] cuando aun declarada disuelta la sociedad de gananciales no ha sido liquidada, como aquí sucede, cada cónyuge partícipe tiene una simple cuota abstracta sobre la totalidad del conjunto patrimonial, que sólo podrá recaer sobre bienes concretos una vez que se haya procedido a su liquidación y adjudicación a los esposos; todo ello en consonancia con el carácter de comunidad germánica o en mano común que preferentemente se atribuye a la de gananciales, y b) las consideraciones que preceden llevan a entender que no basta el artículo 1385.2 para una investidura que por su posición de enfrentamiento procesal se orilla más a las exigencias del artículo 1377.1 CC, respaldando estas conclusiones el tenor literal del artículo 496 CC [...]».

D. Aureliano interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó estimar la acción de división de cosa común.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso se basó en la infracción de los artículos 400, 401, 404, 406 y 1062 y concordantes CC y «para el caso de ser de aplicación a la situación de pendencia de los bienes de la liquidación de la sociedad de gananciales», denunció también la infracción del artículo 1385.2 CC respecto a la acción de división de la cosa común y su ejercicio por uno de los comuneros bien respecto de bienes privativos, bien respecto de los gananciales. Cita diversas sentencias de la Sala Primera relativas al ejercicio de la acción de división y concluye que: a) no se prohíbe en el Código Civil el ejercicio de la acción de división a uno de los miembros de la sociedad de gananciales; b) la jurisprudencia ha considerado que una vez disuelta la comunidad de gananciales, se convierte en una comunidad por cuotas, por lo que puede ejercer la acción de división; c) constante la sociedad de gananciales, el principio de cogestión del artículo 1375 se complementa con el auxilio judicial, y d) no

se impide a ninguno de los cónyuges actuar en interés de los gananciales.

El motivo se estima.

El núcleo central del problema en el presente recurso de casación se centra en determinar si el actor, D. Aureliano, estaba o no legitimado para ejercer la acción de división de los bienes que ostentaba en copropiedad con sus hermanos, aun antes de haberse liquidado la disuelta sociedad de gananciales, dado que sus cuotas formaban parte del activo de la sociedad.

Lo primero que debe afirmarse es que el marido recurrente D. Aureliano es titular de la acción de división de los bienes comunes y ello con independencia de que se haya o no liquidado la sociedad de gananciales, porque de acuerdo con el artículo 400 CC, que se alega como infringido, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la indivisión, regla que no tiene excepciones y a la que no puede oponerse el he-

cho de que las cuotas sean o no gananciales o no se haya liquidado aún la sociedad, porque también sería titular de la acción en el caso de que no se hubiese producido la crisis matrimonial y no debiera liquidarse dicha sociedad.

Dicho esto, el problema se plantea a continuación en relación a la consideración jurídica que deba tener el acto divisorio: si se trata de un acto de disposición debería aplicarse lo dispuesto en los artículos 1375 y 1377.1 CC, que exigen la actuación conjunta de ambos cónyuges; si se trata de un acto de defensa de los bienes gananciales, como afirma el recurrente como argumento complementario al básico de su recurso, correspondería a cada cónyuge individualmente el ejercicio de la acción. La doctrina entiende que el «acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes», por lo que debe ser calificado como «un acto positivo y de verdadera atribución patrimonial».

Llegamos así al núcleo del problema planteado en este recurso, que se refiere, pues, a si uno de los cónyuges, en este caso el marido, puede ejercitar solo la acción de división o bien debe actuar conjuntamente con la esposa, tal como disponen los artículos 1375 y 1377.1 CC. La conclusión a que se llega es que deben seguirse las reglas normales de la acción de división, es decir, que o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse

al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales. Ésta es la situación ocurrida en el presente supuesto, por lo que la esposa demandada no puede oponer al demandante la necesidad de liquidación previa de la sociedad de gananciales para que pueda procederse a la división de los bienes de titularidad común con terceros propietarios.

La estimación del motivo único del recurso de casación implica que esta Sala asuma la instancia y deba dictar sentencia, al haber sido desestimada la demanda de división de cosa común por la sentencia recurrida, que confirmó la de 1.ª Instancia.

El objeto de la demanda expresado en su suplico se resumía a dos extremos: a) que se declarase la indivisibilidad de las fincas; b) que se procediera en período de ejecución de sentencia a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a las cuotas de cada uno de los comuneros. No obran en este procedimiento dictámenes o informes técnicos acerca de la cualidad de divisible o indivisibles de las fincas sobre las que se ejercita la acción de división. Siendo esto así, esta Sala debe proceder a estimar la demanda, considerar ejercida la acción de división de cosa común sobre las fincas, y acceder a la venta en pública subasta, salvo acuerdo posterior de las partes.

Nulidad de la transmisión de patrimonio ganancial a otra sociedad de la que el esposo es socio, mediante la aportación en especie a su constitución como sociedad y mediante un contrato de compraventa, con defraudación de los derechos de la esposa, aplicando la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas que trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno o burlar los derechos de los demás.

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

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Gumersindo y D.ª María del Pilar estaban casados en régimen de sociedad de gananciales.

En los días inmediatamente posteriores a su separación de hecho, concretamente el día 16 de junio de 2000, constituyeron Lonieto, SL, a la que aportaron los bienes inmuebles que, dentro de un sistema jurídico complejo, integraban la sociedad legal de gananciales y un vehículo (en realidad, Lonieto SL, fue constituida por el demandado Sr. Gumersindo y sus dos hijos, que a su vez representaban a otras sociedades). De modo y manera que el patrimonio ganancial quedó integrado en dicha sociedad que podemos calificar patrimonial o de tenencia de bienes, pues no consta acreditado en autos ninguna actividad propia de la sociedad distinta de la mera titulación de los bienes gananciales. Esta sociedad después de distintas adquisiciones pasa a ser unipersonal, ostentando la condición de socio y administrador único el Sr. Gumersindo.

Posteriormente, el 28 de noviembre de 2000, Don Gumersindo constituye con sus dos hermanos la sociedad Colina de Archanda, SL, cuyo 96,84% de acciones (sic) pertenecen a la sociedad Lonieto SL; la sociedad Colina de Archanda SL es constituida por Lonieto SL y dos hermanos del Sr. Gumersindo, ostentando éste la condición de administrador solidario de ésta.

D.^a María del Pilar formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra don Gumersindo, Colina de Archanda SL y Lonieto SL, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Se declare que la aportación inmobiliaria efectuada por don Gumersindo a la entidad Colina de Archanda SL a virtud de escritura n.º 2298/2000 del Notario de Bilbao don José M.^a Rueda Armengot, es un acto radicalmente nulo por ser simulado e inexistente. B) Se declara que la escritura de compraventa otorgada por Lonieto SL y Colina de Archanda SL a virtud de escritura autorizada por don Ramón A. Blesa en Coín (Málaga) el día 31 de enero de 2001 es un negocio radicalmente nulo. C) Se ordene la cancelación de las inscripciones causadas por dicha aportación y ventas en los Registros de la Propiedad de Gernika, de Bilbao n.º 6 y de Marbella n.º 4. D) Se condene a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones. E) Se condene en costas a los demandados».

Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, don Gumersindo se opuso a ella, y tras alegar las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario, falta de legitimación pasiva de su mandante respecto a las dos peticiones de la adversa y falta de legitimación activa de la actora, terminó suplicando al Juzgado: «(...) Se dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representado de las pretensiones en ella contenidas y se condene a la actora al pago de las costas del juicio». Colina de Archanda SL, en su contestación a la demanda, tras alegar las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de legitimación activa de la demandante, suplicó al Juzgado: «(...) Se dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de las pretensiones en ella contenidas y se condene a la actora al pago de las costas del juicio». Asimismo, Lonieto SL, en su contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «(...) Por opuesta la falta de derecho o acción que ha sido formulada, para que en su día, previos los trámites legales pertinentes se dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de la pretensión contra ella dirigida y se condene a la actora al pago de las costas del presente juicio».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gernika-Lumo (Bizkaia) dictó Sentencia el 13 de enero de 2003 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó Sentencia el 29 de mayo de 2006 estimando la demanda y declarando nulas las siguientes operaciones: «a) La nulidad de las aportaciones no dinerarias efectuadas por don Gumersindo a la entidad Colina de Archanda SL en la escritura de constitución de la misma, otorgada el día 28 de noviembre de 2000 ante el Notario de Bilbao don José María Rueda Armengot, n.º 2298/00 de su protocolo. b) La nulidad de la compraventa otorgada el día 31 de enero de 2001 ante el Notario de Coín don Ramón Blesa, entre Lonieto SL y Colina de Archanda SL, por la cual aquélla vendió a ésta determinados inmuebles. c) Mandamos cancelar las anotaciones e inscripciones causadas por dichas escrituras en los Registros de la Propiedad competentes. d) Imponiendo a los demandados las costas de primera instancia y sin dictar particular pronunciamiento en las de esta apelación». Por auto de aclaración de fecha 23 de junio de 2006 declaró la nulidad de las aportaciones efectuadas por Lonieto SL a la entidad Colina de Archanda, SL en la escritura de constitución de la segunda, otorgada el día 28 de noviembre de 2000 ante el Notario de Bilbao don José María Rueda Armengot, n.º 2298/00 de su protocolo.

Don Gumersindo y las entidades Lonieto SL y Colina de Archanda SL, interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Preliminar

La Audiencia Provincial fundamenta su solución estimatoria de la demanda en los siguientes argumentos: a) Todo el conflicto gira en torno a estas dos transmisiones en virtud de las cuales el patrimonio ganancial, que estaba titulado por la sociedad Lonieto SL, es transmitido a la sociedad Colina de Archanda SL en dos sucesivas operaciones: una de aportación en especie a su constitución como sociedad y la segunda mediante un contrato de compraventa; b) En realidad, como afirma la demandante, mediante estas dos operaciones lo que se pretende es defraudar los derechos dominicales de D.^a María del Pilar pues, merced a ellas, sin justificación ni razón alguna, se desplazan los bienes de una sociedad a otra con la finalidad de facilitar el día de mañana cualquier operación a la que necesariamente debe permanecer ajena la demandante; c) La demandante no participa en ninguna de estas dos sociedades (Lonieto SL es unipersonal y pertenece por entero a D. Gumersindo y Colina de Archanda SL pertenece a Lonieto SL y a dos hermanos del demandado) por lo que carece de cualquier derecho derivado de su condición de socio, para poder intervenir en dichas

sociedades; y desde esta óptica es evidente que la demandante se encuentra absolutamente desahogada en relación con los bienes de la sociedad legal de gananciales; d) Además, en cuanto a la venta efectuada por Lonieto SL a Colina de Archanda SL, no aparece acreditado el pago del precio y ha de entenderse que el mismo no existió en realidad, máxime cuando la compradora, según resulta de sus cuentas, estaba en situación de pérdidas y no acredita la obtención de numerario para atender al pago, figurando un precio que, conforme resulta de la pericial aportada por la parte demandante y no impugnada, es notoriamente inferior al precio de mercado en el momento de la transmisión; e) Además de lo ya razonado, entiende la Audiencia que resulta de aplicación al caso la doctrina del levantamiento del velo pues D. Gumersindo ostenta la condición de socio y administrador único de Lonieto SL y es administrador solidario de Colina de Archanda SL, habiendo incurrido en la figura de la autocontratación al haber representado a ambas sociedades en el mismo acto o, en su caso, estaríamos en presencia de operaciones vinculadas que, en derecho de sociedades, merecen el mismo tratamiento que la autocontratación

pues, en definitiva, vienen a responder a la misma filosofía de utilización por una sola persona de dos sociedades distintas; y f) En definitiva, la sentencia hoy recurrida concluye que ante la crisis sufrida por el matrimonio que era a quien, en definitiva, pertenecían los bienes objeto de las transacciones vistas, estamos en presencia de actos fraudulentos encaminados a perjudicar a la demandante, lo que le lleva a decretar su nulidad con estimación de la demanda.

2. Recurso extraordinario por infracción procesal

El primero de los motivos del recurso, amparado en el artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandados —hoy recurrentes—, con infracción del artículo 24 de la Constitución Española, en el desarrollo discursivo de la sentencia recurrida al basarse «en un razonamiento que incurre en grave quiebra lógica en el proceso argumentativo, al concluir que el acto de aportación de bienes inmuebles efectuado por Lonieto SL a la sociedad Colina de Archanda SL en el acto de su constitución, mediante la escritura pública de 28 de noviembre de 2000, al igual que la compraventa de inmuebles efectuada por Lonieto SL a Colina de Archanda SL, son “actos fraudulentos encaminados a perjudicar a la demandante”».

El motivo se desestima atendiendo al contenido de las propias sentencias de esta Sala que la parte recurrente invoca para apoyar el recurso (Sentencias n.º 337/2005, de 6 de mayo, y 139/2006, de 9 de febrero), ya que las mismas derivan la infracción del artículo 24 de la Constitución Española del hecho de que se haya procedido con arbitrariedad o irracionalidad, en cuanto constituyen vicios graves de la decisión judicial; situación que, en absoluto, se produce en este caso por el hecho de que la Audiencia haya considerado que situar —en la práctica— los bienes gananciales en el patrimonio de una sociedad formada por el esposo —demandado— y sus hermanos (Colina de Archanda SL), crea un evidente perjuicio en los derechos de la esposa, aunque dicha sociedad esté participada en un 98,84% de su capital por otra sociedad (Lonieto SL), cuyas participaciones pertenecen

en su totalidad al esposo, y se diga que las mismas son de carácter ganancial, cuando además la sociedad Lonieto SL se creó una vez producida la separación de hecho de los cónyuges y sin intervención de la demandante. En consecuencia, no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes pues, aun en el supuesto de que los razonamientos de la sentencia en este sentido pudieran no ser compartidos y, desde luego, ser discutidos por dichos recurrentes, ninguna arbitrariedad o irrazonabilidad puede imputarse a los mismos.

Los motivos segundo a quinto presentan un denominador común en tanto se discute en todos ellos que la Audiencia recurrida pueda declarar —fundamento de derecho segundo, párrafo séptimo— sin vulneración de normas procesales imperativas, que no ha existido precio en la compraventa efectuada mediante escritura pública de 31 de enero de 2001 en virtud de la cual D. Gumersindo, actuando en su doble condición de administrador único de Lonieto SL y administrador solidario de Colina de Archanda SL, llevó a cabo la transmisión por la primera a la segunda de dos viviendas unifamiliares —precisamente las que habían constituido domicilio conyugal— sitas en San Pedro de Alcántara por precio confesado de 187.533,81 euros, ya que —afirman los recurrentes— dicha ausencia de precio no se alegó en la demanda, y en consecuencia se han vulnerado: el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagra el principio de justicia rogada; el 218 de la misma Ley, por incongruencia; el 24 de la Constitución Española, al haber causado indefensión; y el 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse excedido la Audiencia del ámbito propio del recurso de apelación.

El motivo se desestima. En la demanda instauradora del proceso, la demandante D.^a María del Pilar interesó la declaración de nulidad de dicho negocio jurídico manifestando que había tenido reciente conocimiento de su celebración y que se había «establecido» para la compraventa un precio muy inferior al real («precio vil») siendo la misma fraudulenta y otorgada claramente en su perjuicio, sin reconocer en ningún momento que tal precio se hubiera satisfecho efectivamente ya que tal circunstancia no podía

ser conocida por la demandante, teniendo en cuenta además que dicha transmisión se efectuó en fecha 31 de enero de 2001 y la demanda se interpone el 27 de marzo siguiente. Si además de acreditarse pericialmente la clara desproporción entre el precio fijado y el real de los inmuebles vendidos —lo que de por sí ya es susceptible de generar el perjuicio señalado y poner de manifiesto el fraude que preside la operación— no se prueba por los demandados —a quienes incumbe la carga (artículo 217 LEC)— que tal precio fuera efectivo, nada impide al órgano judicial declarar la inexistencia de tal precio y confirmar así aún más su consideración de que se trataba de un negocio fraudulento urdido en perjuicio de la actora, para lo cual, según el propio razonamiento de la sentencia, habría bastado la fijación de un precio notoriamente inferior al precio de mercado.

Ninguna indefensión se ha causado a los demandados, que habían de soportar la carga de acreditar la acomodación del precio al valor de los bienes vendidos y la efectiva satisfacción del mismo, por lo que tampoco se han vulnerado los principios de rogación y de congruencia ni se ha excedido el órgano *a quo* del ámbito propio del recurso de apelación, como tampoco puede sostenerse que se haya introducido en el proceso una cuestión nueva que no fuera objeto de discusión, tanto en cuanto al efectivo pago del precio como en lo que se refiere a la situación económica de la sociedad Colina de Archanda SL que, en realidad, constituye un hecho tangencial y no fundamental para apoyar las acciones de nulidad que se ejercen.

El motivo sexto, amparado en el artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 218.2 de la misma Ley por valoración arbitraria de la prueba en cuanto a la apreciación de inactividad de las sociedades demandadas y de impago del precio en el negocio anteriormente mencionado.

El motivo se desestima. En primer lugar porque tanto la mención a la escasa o nula actividad real de las sociedades demandadas —fuera de la de servir para ostentar formalmente la titularidad de determinados bienes— como la conclusión obtenida sobre el impago del precio, son argumentos que la sentencia emplea *a for-*

tiori sin que en ninguno de los casos integren la *ratio decidendi* del «fallo», por lo que ni siquiera su eliminación llevaría a la adopción de una resolución distinta; y, en segundo lugar, porque, como reconocen los propios recurrentes, sólo la valoración arbitraria o absurda de la prueba practicada puede comportar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y justificar la infracción procesal por la vía del n.º 4.º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nunca por la vía utilizada referida a la «infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia», sin que se aprecie además en el caso tal carácter ilógico o arbitrario en la valoración llevada a cabo por la Audiencia Provincial.

En este sentido se ha de recordar, en cuanto a lo primero, que el recurso se da contra el «fallo» y los argumentos de la resolución recurrida que constituyan *ratio decidendi*, no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» (Sentencias de 23 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006; 9 de abril, 17 y 18 de septiembre 2007, 22 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009, entre otras); y, en cuanto a lo segundo, que la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2009 (Rec. 1623/2004), seguida por las de 2 de julio de 2009 (Rec. 767/2005), 30 de septiembre de 2009 (Rec. 636/2005), 16 de marzo de 2010 (Rec. 118/2006) y 1 de diciembre de 2010 (Rec. 1282/2007) proclama que la revisión de la valoración probatoria «no es admisible ante este Tribunal ni siquiera bajo el subterfugio de citar el artículo 120 de la Constitución Española relativo a la motivación de la sentencia. El artículo 469 de aquella ley enumera como *numerus clausus* los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo...».

El motivo séptimo, también amparado en el ordinal 2.º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de

las normas procesales reguladoras de la sentencia, entendiéndose que ha sido vulnerado el artículo 386, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a las presunciones judiciales y la jurisprudencia de esta Sala en materia de presunciones.

El motivo ha de ser igualmente desestimado. En primer lugar porque las normas procesales reguladoras de la sentencia se encuentran recogidas en la Sección 2.ª del Capítulo VIII del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 216 a 222), mientras que se refiere a las presunciones el artículo 386, junto a la regulación de los medios de prueba, en la Sección 9.ª del Capítulo VI del Título I del Libro II de la misma Ley; y, en segundo lugar, porque ya se ha señalado que la valoración probatoria efectuada por la Audiencia ha de ser mantenida ahora al no revelarse como ilógica o absurda y lo deducido de ella no es un nuevo hecho —presumido— sino una consecuencia jurídica: la consideración como fraudulentos de los negocios cuya nulidad se pretende en la demanda.

3. Recurso de casación

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, del Código Civil, por entender que la sentencia impugnada ha aplicado indebidamente la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, en relación con las normas que regulan el fraude de ley y la exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos.

La sentencia recurrida concluye afirmando (fundamento de derecho segundo, párrafo penúltimo) que, ante la crisis sufrida por el matrimonio que era a quien, en definitiva, pertenecían los bienes objeto de los negocios jurídicos de que se trata, estamos en presencia de actos fraudulentos encaminados a perjudicar a la demandante. Para ello se refiere a la doctrina del levantamiento del velo y, con cita de la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1999, afirma que concurren en el caso todos los requisitos para aplicar la referida doctrina ya que: a) Existe una sola persona —el demandado Sr. Gumersindo— que domina absolutamente dos sociedades; b) Entre dichas sociedades se producen operaciones vinculadas;

y c) Dichas operaciones carecen de toda justificación económica y jurídica. Ya en el párrafo cuarto del mismo fundamento jurídico segundo se decía que tales negocios de transmisión se producen sin ningún género de justificación económica ni jurídica y no se alcanza —ni las partes explican— los motivos o causas en virtud de las cuales unos bienes que se encuentran titulados en una sociedad pasan a formar parte de otra, con el consiguiente desembolso fiscal y gastos de gestión que ello comporta. Además, el artículo 6.3 del Código Civil dispone que son nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, y los artículos 1377 y 1378 del mismo Código prohíben a uno solo de los cónyuges realizar actos de disposición sobre los bienes gananciales.

Siendo incontestable la realidad de los datos expresados, lógico es concluir que la doctrina del levantamiento del velo ha sido correctamente aplicada por la Audiencia en el caso presente por cuanto tal doctrina trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás (Sentencias, entre otras, 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005 y 10 de febrero de 2006), evitando que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (Sentencias 17 de octubre de 2000; 3 de junio y 19 de septiembre de 2004; 16 de marzo y 30 de mayo de 2005).

Por todo ello, el motivo se desestima.

El motivo segundo, y último, del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 267, párrafo 1.º, del Código de Comercio, y del artículo 1459 del Código Civil, pues la resolución recurrida alude a que el demandado D. Gumersindo ha incurrido en un supuesto de autocontratación que invalida el negocio jurídico así celebrado, cuando afirma la parte recurrente: no existe en nuestro ordenamiento una prohibición absoluta de tal figura.

Carece de sustento jurídico la invocación como infringidos de ambos artículos, que precisamente vedan la autocontratación a comisio-

nistas y mandatarios. El motivo se desestima, en primer lugar, porque el argumento referido a la autocontratación no integra la ratio decidendi de la sentencia recurrida, ya que en el caso la nulidad de los negocios jurídicos viene determinada por su oposición a normas prohibitivas y su carácter fraudulento, según se ha expresado con anterioridad; y, en segundo lugar, porque si efectivamente se entiende que bajo los entes societarios se encontraba oculta la única personalidad del demandado D. Gumersindo y, en

consecuencia, el mismo había incurrido en la figura de la autocontratación, también se imponía la declaración de invalidez de dichos negocios jurídicos según lo declarado por esta Sala en Sentencia, entre otras, de 18 de junio de 2008 (Rec. 599/2001), que cita en igual sentido las de 24 de septiembre de 1994, 9 de junio de 1997 y 15 de marzo de 1996, pues la autocontratación conlleva la nulidad del negocio cuando, mediante ella, se ha incurrido en abuso de derecho o tal negocio resulta fraudulento.

UNIONES DE HECHO

Aunque se declara que el inmueble pertenece en pro indiviso a ambos integrantes de la pareja de hecho, se reconoce un crédito a favor del varón por la mayor aportación económica que hizo para su compra, pues no se ha acreditado que existiese donación.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Candelaria y D. Adrián habían constituido una pareja de hecho. Adquirieron una vivienda que más tarde vendieron para comprar otra. Ambas fueron inscritas a nombre de los dos convivientes por mitad e iguales partes. Durante sus relaciones personales, abrieron diversas cuentas corrientes, cuya titularidad les correspondía en forma indistinta.

A la finalización de las relaciones y por discrepar D.ª Candelaria y D. Adrián de la liquidación de los bienes cuya titularidad ostentaban en común, encargaron un arbitraje, que no resultó eficaz por haber decaído al haber transcurrido el plazo pactado para dictarlo.

D.ª Candelaria demandó a D. Adrián pidiendo que se dictara sentencia atribuyendo por mitad entre demandante y demandado el saldo existente en las tres cuentas corrientes a fecha de 9 de febrero de 2004 y que condenara al demandado a entregar a la demandante la cantidad de 51.050 euros.

D. Adrián contestó a la demanda oponiéndose a la misma y presentó reconvencción, en la que se alegaba que habían existido por su parte excesos de aportación que cuantificaba y concluyendo que su cuota era superior a la de la demandante tanto en el inmueble propiedad de ambos, como en las cuentas corrientes, algunas de las cuales se habían abierto con dinero propiedad del reconviniente. Pedía en la demanda reconvenccional que se declarase que poseía una cuota del 81,24% en el inmueble y que para el caso de que no se

declarara así, se dijera que es acreedor de la comunidad de bienes por 280.973,16 euros, condenando a D.^a Candelaria al pago de este importe.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Bilbao dictó Sentencia el 4 de mayo de 2005, estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Dice: a) que la vivienda se adquirió por mitad y por partes iguales, lo que se mantuvo durante toda la convivencia; b) esto anterior implica que la reclamación por uno de los comuneros de una cuota superior infringe la doctrina de los propios actos; c) los mismos argumentos deben aplicarse a las cuentas bancarias, y d) «la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de una mayor participación en la propiedad de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico no ha sido impugnado», y ello «sin perjuicio de considerar probado una aportación económica mayor por parte del Sr. Adrián [...]».

En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Bizkaia dictó Sentencia el 3 de abril de 2007, revocando la sentencia de instancia estimando en parte la demanda y la reconvencción, condenando, previa compensación judicial de deudas recíprocas, a D.^a Candelaria a que abone a D. Adrián, la suma de 178.867 euros. La sentencia argumenta: a) resulta acreditado que el demandado/reconviniente aportó de su propio peculio 280.973,16 euros, que se invirtieron en la adquisición de la vivienda actual; b) existe un crédito del reconviniente por esta mayor aportación a la compra de la vivienda que luego se declaró común y cuya comunidad por partes iguales se mantiene; c) se acepta la petición subsidiaria, a saber, la del crédito a favor del reconviniente; d) D. Adrián ha retirado de las cuentas la cantidad de 102.100 euros, por lo que la suma debida debe ser reducida por compensación en tal cuantía, debiendo D.^a Candelaria a D. Adrián la cantidad de 178.867 euros.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denunció la recurrente la infracción de lo previsto en el artículo 393 CC, en relación con el 392 y lo establecido con carácter general en el artículo 1278 CC. Existía una comunidad dado que la vivienda pertenecía a ambos convivientes; además, existe un pacto que fija las cuotas, por lo que no cabe partir de una presunción de igualdad, para luego admitir prueba en contrario. Establecidas las cuotas, hay que atenerse a ellas. En otro motivo señala la infracción del artículo 7.1 CC en cuanto apoyo legal de la jurisprudencia de esta Sala, para la inadmisibilidad de los actos propios. Esta doctrina es aplicable al caso porque el demandado/reconviniente firmó la escritura dando su consentimiento a la compra de la vivienda en los términos en que lo hizo. El hecho de poner en común la vivienda

entraba dentro de las actitudes de la pareja, ya que se trata de un acto en la línea de los realizados anteriormente. Por último en el quinto motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre las consecuencias económicas de la disolución de las uniones de hecho, que se establece en la Sentencia de 14 de mayo de 2004, que según la recurrente resuelve un caso muy semejante y que señala que la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia de la adquisición en exclusiva de la propiedad de lo adquirido.

El recurso trata de impugnar la resolución de la sentencia que reconoce la existencia de un crédito de D. Adrián contra la ahora recurrente como consecuencia de la mayor aportación de éste en la adquisición de la vivienda que resulta

ser titularidad por mitades indivisas de ambos convivientes. Titularidad que se mantiene en la sentencia recurrida.

La recurrente intenta evitar el pago de la cantidad a la que se la ha condenado utilizando tres argumentos: a) existió un pacto sobre las cuotas, que la sentencia ha dejado de lado; b) hay una vulneración de la doctrina de los actos propios porque el hecho de poner en común y por mitad la vivienda era práctica habitual entre los convivientes, y c) la propia doctrina de la Sala apoyaría esta argumentación.

Pero la recurrente olvida algunas cuestiones fundamentales que desautorizan estos motivos:

1.º La sentencia recurrida no ha alterado la titularidad existente sobre el inmueble que tuvo la condición de vivienda familiar, sino que la mantiene expresamente y admite la petición subsidiaria del demandado/reconviniendo en el sentido que en el caso de mantenerse la distribución actual de las cuotas, se reconociera que ello ha generado un crédito a su favor por haber aportado mayores bienes para la adquisición de dicha vivienda. No se trata, por tanto, de que se haya alterado un pretendido pacto sobre igualdad de cuotas, porque claramente D.^a Candelaria sigue siendo propietaria de la mitad del inmueble adquirido.

2.º Estas mismas razones impiden admitir la aplicación de la doctrina de los actos propios y apreciar la vulneración del artículo 7.1 CC. Repetimos que D.^a Candelaria ostenta una cuota correspondiente a la mitad del bien en cuestión.

3.º No es posible aplicar la doctrina de la sentencia citada como infringida. En la Sentencia de 14 de mayo de 2004 se partía de un supuesto de hecho semejante, cual es que «durante el período de convivencia, se adquiere un bien por mitad *pro indiviso* de los dos —la vivienda común— y, tras la ruptura, uno de ellos pretende que se declare su exclusiva propiedad», lo que había sido aceptado por la sentencia de la Audiencia Provincial, que fue casada por la de la Sala 1.ª, con el argumento que «El

mantenimiento durante toda la convivencia, de la cotitularidad dominical de los dos convivientes sobre su vivienda, adquirida por mitad y *pro indiviso*, implica que la petición por uno de ellos de que es de su exclusiva propiedad por haberla pagado desconociendo la colaboración y la aportación de ella, la infracción de la doctrina de los actos propios, por lo que prospera también el motivo tercero». Pero éste no es el supuesto del recurso que nos ocupa al mantenerse por parte de la sentencia ahora recurrida la titularidad por mitad del bien adquirido por los convivientes.

En definitiva, se ha probado que el inmueble se adquirió por mitades indivisas y que uno de los partícipes, el Sr. Adrián, había realizado aportaciones superiores a las de la otra partícipe, la recurrente. Lo que no se ha probado es que D. Adrián hubiera donado a D.^a Candelaria el mayor valor que aportó, por lo que se generó un crédito en el que D.^a Candelaria resulta deudora. Y ello ocurre precisamente, debe repetirse para evitar interpretaciones interesadas o erróneas, porque la recurrente es propietaria de dicha mitad.

El tercer motivo señala la infracción de los artículos 1300 y 1301 CC. Dice que la estimación de la reconvencción sólo era posible si previamente se hubiera ejercitado una acción de nulidad de la parte de la escritura pública en la que los compradores declaran que adquieren por mitad y por partes iguales, porque se estima la existencia de un vicio del consentimiento sin que se haya alegado ni probado. El motivo se desestima. No se alcanza a comprender el sentido de este motivo. Frente a la demanda en la que se reclamaba el pago de la mitad del dinero que figuraba en las cuentas indistintas, el demandado presenta reconvencción, instando en realidad la liquidación de las relaciones patrimoniales entre los convivientes. Esto es lo resuelto en la sentencia ahora recurrida. Ni se puede apreciar la concurrencia de un vicio de la voluntad, que no se identifica, ni para proceder a esta liquidación debía pedirse la nulidad de una adquisición, en la que no concurre ningún vicio de la voluntad.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

Se declara la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en un procedimiento de división de cosa común, con retroacción de lo actuado, a fin de que se admitan como prueba los documentos firmados por ambos litigantes y por el mediador en el proceso de ruptura matrimonial, pues su aportación no vulnera ningún derecho fundamental ni es prueba ilícita.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Aníbal promovió demanda de juicio declarativo ordinario contra D.ª Cándida sobre división de la cosa común solicitando se dictase sentencia en la que «se declare haber lugar a la petición de división de la cosa común, procediéndose a señalar perito judicial inmobiliario caso de no proceder voluntaria y comúnmente a la venta de la finca sita en Barcelona, por el valor que se obtenga mediante peritación judicial en virtud de designación por insaculación en la sede del Juzgado en el día que se señale al efecto en el momento procesal repartiéndose el valor neto en partes iguales entre las partes objeto del pleito, con cargo de las costas y honorarios de aquél para la parte demandada».

D.ª Cándida se allanó parcialmente a la misma, en el sentido que se expone en su escrito de contestación, suplicando al Juzgado: «(...) Tenernos por allanados a la división de la cosa común, pero por opuestos al resto de las pretensiones del actor y, en consecuencia, se dicte sentencia dando lugar a la división del inmueble de Barcelona, adjudicando a la esposa la mitad indivisa propiedad del actor por el precio de 150.253,02 euros, o subsidiariamente, por el precio de 160.319,97 euros cantidad resultante de aplicar a dicha cantidad la variación del IPC desde la fijación del precio de venta debiendo deducirse, en ambos casos, el 50% del capital pendiente de la hipoteca en el momento en que se efectúe el pago y todo ello con expresa imposición de costas al actor».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Barcelona dictó Sentencia el 4 de octubre de 2006, cuya parte dispositiva dice literalmente: «Estimo la demanda presentada por el Sr. Pascual, en nombre y representación de D. Aníbal, frente a D.ª Cándida y, en su virtud: 1.º) Declaro la disolución de la comunidad de bienes existente sobre la finca consistente en vivienda sita Barcelona. 2.º) Para el caso de que no se proceda a su enajenación voluntaria y comúnmente, acuerdo que se proceda a la venta de las mismas a través de pública subasta, tomando como base la valoración efectuada por el perito judicial Sr. Luis Andrés. 3.º) El producto neto de la venta será dividido entre los litigantes por partes iguales. Cada parte debe abonar sus costas y las comunes por mitad».

En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 22 de junio de 2007 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Cándida.

D.^a Cándida interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó anular la Sentencia de la Audiencia Provincial ordenando la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia a efectos de que se dicte nueva resolución sobre el recurso de apelación interpuesto teniendo en cuenta el contenido de los documentos números 1 y 3 aportados con el escrito de contestación a la demanda, procediendo la Sala con libertad de criterio en cuanto a su valoración.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la audiencia previa se acordó por la juzgadora de primera instancia no haber lugar a admitir los documentos acompañados por D.^a Cándida con la contestación a la demanda bajo los números 1 y 3, fechados respectivamente el 3 de julio de 2003 y el 3 de marzo de 2004, los cuales aparecían firmados por ambos litigantes y por el mediador en el proceso de ruptura matrimonial de los mismos, siendo así que la demandada los aportaba como fundamentales para la defensa de su derecho. Dicha parte recurrió en reposición en el acto y dicho recurso fue rechazado, formulándose la oportuna protesta por la inadmisión.

El primer motivo del recurso se formula al amparo de la causa 3.^a del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en sus artículos 281, 283 y 287 de la misma Ley.

Se centra el motivo en la inadmisión por el Juzgado, en el acto de la audiencia previa, de los documentos acompañados con la contestación a la demanda bajo los números 1 y 3, cuya aportación se consideró ilícita por tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar. Considera la parte recurrente que se infringe con ello lo dispuesto por los artículos 281.1, 283.3 y 287.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no existir en la obtención ni en la aportación de dichos documentos vulneración de derecho fundamental alguno, único supuesto en que sería posible la declaración de ilicitud. Añade que tampoco cabe afirmar que el artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña, contenga una prohibición de aportación al proceso de los acuerdos obtenidos en el transcurso de la mediación.

El motivo se estima ya que los documentos de que se trata guardan directa relación con la tu-

tela judicial que se pretende obtener por la parte demandada (artículo 281.1 LEC), no se refieren a actividad prohibida por la ley (artículo 283.3 LEC) ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención (artículo 287.1), al igual que dicha aportación no vulnera lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña. Dispone dicha norma, en su apartado 1, que «en la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos». De la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales», que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Esta Sala ha declarado en Sentencia núm. 839/2009, de 29 diciembre, que dicho artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, con carácter más general, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas

pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada ineffectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso.

La estimación del recurso determina que, por aplicación de lo establecido en la Disposi-

ción Final 16.ª2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 476.2, párrafo último, sin necesidad de examinar el resto de los motivos ni los que integran el recurso de casación, proceda la anulación de la resolución recurrida con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que se dicte otra nueva con valoración como prueba de los referidos documentos.

DERECHO AL HONOR Y A LA INTIMIDAD

Se considera una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen publicar unas fotos de una boda sin el consentimiento de los contrayentes, pues aunque él goce de pública celebridad mantiene un determinado ámbito de su vida como privado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. José Daniel interpuso demanda de juicio ordinario contra «Multiediciones Universales, SL» y D. Agustín solicitando se dictase sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Alcobendas dictó Sentencia con fecha 28 de abril de 2006 en el juicio ordinario n.º 450/2005, cuyo fallo dice: «Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador D. Francisco Pomares Ayala, en representación de D. José Daniel, contra “Multiediciones Universales, SL” y D. Agustín, debo declarar y declaro que la conducta de los demandados, con la publicación, en el número 415, de 26 de febrero de 2005, de la revista “Qué me dices”, editada por la entidad hoy demandada, de un reportaje relativo a la celebración que tuvo como protagonistas a D. José Daniel y D.ª Eva, el 14 de febrero de 2005 en el palacio de Chantilly (Francia), fue constitutiva de intromisión ilegítima en el Derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del hoy demandante. Y debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, así como a cesar en los actos de publicación, comercialización, distribución o cualquier otra utilización de la fotografía en la que aparece D. José Daniel en la portada y en las páginas 8 y 9 del número 415 de la revista “Qué me dices”, y a indemnizar al demandante en la cantidad correspondiente al 15% de la diferencia de beneficios para la entidad demandante, entre el número 415 de la revista “Qué me dices” y la media de beneficios correspondientes a todos los números de la revista durante el año 2005, y a que, una vez firme la sentencia, se publique en la propia revista el contenido íntegro de la misma, así como, en su día, de la resolución que fije la indemnización correspondiente».

En grado de apelación, la Sec. 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 20 de noviembre de 2007, estimando el recurso interpuesto por los demandados y desestimando la demanda.

D. José Daniel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la sentencia del Juzgado de Instancia si bien fijó en 30.000 euros la cantidad que los demandados deben abonar al actor.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D. José Daniel interpuso una demanda contra Multiediciones Universales, SL y D. Agustín por vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como consecuencia de la publicación de un reportaje con sendas fotografías, en el número 415, de 26 de febrero de 2005, de la revista «Qué me dices» realizado con motivo de la celebración del compromiso nupcial del recurrente y D.^a Eva el 14 de febrero de 2005 en el palacio de Chantilly (Francia), pues afirmaba que la publicación de este reportaje con las fotografías, sin el consentimiento de los protagonistas, incluía aspectos íntimos de su vida privada que deseaba mantener al abrigo de la opinión pública.

El Juzgado estimó en parte la demanda y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del demandante condenando a la mercantil demandada a cesar en los actos de publicación, comercialización distribución, o cualquier otra utilización de las fotografías, a indemnizar al reclamante en la cantidad correspondiente al 15% de la diferencia de beneficios para la entidad demandante entre el n.º 415 de la revista y la media de beneficios durante el 2005, y firme la sentencia, a que se publique el contenido de la misma y de la resolución que fije la indemnización.

La Audiencia Provincial, estimó el recurso de apelación interpuesto por D. Agustín y desestimó el de la parte actora y, en consecuencia, desestimó íntegramente la demanda y absolvió a los demandados al entender que no había existido intromisión ilegítima. La sentencia se fundó, en síntesis en que: (a) la noticia adquiere una gran relevancia pública que trasciende del marco de la intimidad produciendo un interés general susceptible de divulgarse en el ámbito

del derecho a la información; (b) este derecho informativo tampoco añadió dato alguno innecesario a la publicación de un reportaje que fue veraz e inocuo; (c) ni el lugar, asistencia numérica de invitados, su conocimiento público en diversos sectores sociales, difusión previa de la ocasión y aún de circunstancias posteriores revistieron características de intimidad más allá de los usos sociales (d) que precisamente este límite fue la pauta que distinguió la estricta intimidad de la noticia que adquirió perfiles de acontecimiento de interés público.

1. Motivos del recurso

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española en lo que se refiere al derecho fundamental a la Propia Imagen, en relación con los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la falta de consentimiento expreso para la publicación y divulgación de fotografías de la imagen del demandante».

El motivo se funda, en síntesis, en que el reportaje publicado invade ilegítimamente la intimidad personal y familiar de D. José Daniel dado que contiene datos y fotografías que pertenecen al círculo privado del mismo, sin que tal publicación esté justificada por los usos sociales, ni exista base alguna para sostener que el demandante adoptó pautas de comportamiento que permitan entender que con sus propios actos, le despojó del carácter privado, todo lo contrario, adoptó todas las medidas de segu-

ridad que estaban a su alcance para mantener la celebración de su compromiso dentro del ámbito privado; las imágenes y datos sobre su compromiso no puedan considerarse como información relevante, ni el hecho en sí es noticia de interés general.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 20.1 de la Constitución al hacer prevalecer la Sentencia impugnada el derecho de información sobre el derecho a la propia imagen de D. José Daniel».

El motivo se funda, en síntesis, en que se ha vulnerado el derecho a la propia imagen del demandante con la captación, publicación y divulgación de su imagen en el reportaje cuestionado y ello al margen de que el recurrente sea considerado como persona pública, pues las fotografías, no se captaron ni en un acto público ni en un lugar público, sino que van referidas a aspectos de su vida privada, como sucede con la celebración de su compromiso nupcial, sin su consentimiento y contra su manifiesta voluntad, sin que el reportaje revista algún tipo de interés histórico, científico o cultural relevante, habiéndose realizado con fines estrictamente comerciales.

El motivo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 20.1 de la Constitución al hacer prevalecer la Sentencia impugnada el derecho de información sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de D. José Daniel».

El motivo se funda, en resumen, en que el reportaje publicado lesiona el derecho a la intimidad personal y familiar del recurrente por cuanto contiene una información que afecta a las relaciones íntimas del recurrente al versar sobre la celebración de su compromiso nupcial, siendo además éste un acontecimiento que ha-

bía reservado de manera manifiesta a la esfera de su intimidad y así lo había comunicado a los demandados, sin que quepa justificar la publicación del reportaje en el interés público, dado que la libertad de información no ampara la divulgación de aspectos relativos a la esfera íntima del recurrente, que nada tienen que ver con su profesión como jugador de fútbol profesional; no opera el criterio de la veracidad y la información difundida no es de interés general, sino que busca satisfacer la curiosidad ajena de los lectores.

Estos motivos, que están relacionados entre sí, deben ser estudiados conjuntamente y deben ser estimados.

2. Colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen

A) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE garantiza con igual grado de protección el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros

y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El TC (entre otras, en SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como «un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública» y a «impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde». El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH.

Los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentran limitados por las libertades de expresión e información.

La limitación de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre uno y otro derecho, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 16 de enero de 2009, Pleno, RC n.º 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC n.º 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998; respecto del derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril, SSTS 22 de febrero de 2007, RC n.º 512/2003, 17 de febrero de 2009, RC n.º 1541/2004, 6 de julio de 2009, RC n.º 1801/2005).

Cuando se trata de la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999, 154/1999, 52/2002).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, lo cual es sustancialmente distinto de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, aunque se trate de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, Observer y Guardian, 2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005); (ii) la libertad de información, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noti-

cia de acuerdo con pautas profesionales (STC 139/2007), pero este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen; (iii) cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas tiene carácter justificado por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político; (iv) la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS de 19 de marzo de 1990); (v) la ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998).

3. Aplicación de la doctrina anterior

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a la conclusión de que, frente a la inmisión en la intimidad y propia imagen del demandante, atendidas las circunstancias del caso, no puede prevalecer la libertad de información y, en consecuencia, debe apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, se funda en los siguientes razonamientos:

A) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de información

y el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre información (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho a la intimidad y a la propia imagen de la parte demandante.

B) El examen del peso relativo de los derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) Se reconoce por la parte recurrente que el demandante es una persona pública y conocida, por su trayectoria profesional, considerándose «uno de los deportistas más conocidos en todo el mundo». Un examen de las circunstancias del caso revela que, en efecto, el demandante puede ser considerado como una persona con proyección pública, en el sentido de que goza de gran celebridad y conocimiento público pero esta celebridad no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino de su condición de futbolista y del interés suscitado en general por el conocimiento de sus actuaciones, dada la enorme atención que acaparan en nuestro país las estrellas de fútbol, aprovechado por los medios de comunicación en programas y reportajes de entretenimiento como el que nos ocupa. Estamos ante un interés público relativo pues la revelación de la celebración del compromiso matrimonial del recurrente, propósito del reportaje en el que se incluyen fotografías, carece de trascendencia para la sociedad porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país al margen de la mera curiosidad ajena.

Desde este punto de vista, el grado de afectación de la libertad de información es débil frente a la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen.

(ii) No se pone en cuestión la veracidad de la información transmitida. Este factor resulta, pues, indiferente en la ponderación.

(iii) El demandante goza de celebridad social y no se ha puesto en cuestión la afectación de derechos de otras personas que hayan sido objeto con carácter accesorio de la información publicada. Este factor resulta, pues, indiferente, en la ponderación.

(iv) En el reportaje cuestionado se informa del compromiso matrimonial celebrado entre el recurrente y su novia y se ilustra fotográficamente el momento, y si bien la difusión de la noticia de la boda puede estar justificada por su conocimiento previo, no lo está el hecho de difundir imágenes del recurrente, captadas sin su consentimiento, de un acto privado propio de la vida íntima de las personas, como es una boda, en un lugar que, aunque público, había sido reservado por él para la ocasión, al que sólo se podía acceder con invitación personal y al que se había vedado el acceso a los periodistas, adoptándose por el recurrente toda clase de medidas de seguridad para evitar se realizaran fotografías de la ceremonia e impedir que la misma fuera difundida en los medios de comunicación.

Desde este punto de vista, merece mayor protección el derecho a la intimidad y a la propia imagen que la libertad de información.

(v) No existe prueba alguna de que el demandante consintiera la revelación de los aspectos de su vida privada que fueron objeto del reportaje, así como captación y divulgación ilícita de las imágenes de su enlace, sino todo lo contrario, ha quedado probado que se alquiló y cerró el Castillo de Chantilly para celebración, de manera que sólo podían acceder al mismo los que tuvieran invitación personal e intransferible, se impidió a toda persona la entrada de material fotográfico o de grabación, incluso teléfonos móviles, ante la posibilidad de que se obtuviesen fotografías a través de éstos, se establecieron fuertes medidas de seguridad para impedir la entrada de toda persona ajena a la celebración, con anterioridad a la celebración se comunicó a los medios que no habría exclusiva y que no se permitiría la toma de fotografías del enlace y con posterioridad a la celebración

del compromiso se comunicó de forma general a los medios que las fotografías que habían aparecido habían sido captadas ilegítimamente y que, por tanto, su publicación y difusión también sería ilegítima.

En efecto, el goce de pública celebridad, el hecho de aparecer en los medios de comunicación del sector denominado «rosa o del corazón» e incluso el que haya podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida privada no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y sólo tienen trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida como reservado para sí mismo o para su familia (artículo 2 LPDH).

Desde este punto de vista, la afectación del derecho a la intimidad y a la propia imagen es elevada frente a la protección del derecho a la libertad de información.

En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de información no puede en este caso prevalecer sobre el derecho a la intimidad y a la propia imagen del demandante, pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación de los segundos es de gran intensidad.

4. Valoración del daño moral

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1981, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de D. José Daniel».

El motivo se funda, en síntesis, en que acreditada la vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar de D. José Daniel por la publicación del reportaje cuestionado hay que fijar la indemnización correspondiente

acudiendo para ello a los criterios de valoración establecidos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, sin que resulte posible cuantificar la indemnización en relación al beneficio que hubiera obtenido el causante de la lesión, ante la dificultad de conocer cuáles sean éstos. Por tanto la sentencia de primera instancia que toma como referencia única este último criterio, que en todo caso es complementario y residual, infringe el contenido del artículo 9.3 de LPDH.

El motivo debe ser estimado.

La parte demandante, en la demanda, reclamó una indemnización abstracta, quedando su fijación a resultados de la actividad probatoria que se practicara y teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 9.3 de la LPDH, siendo posteriormente concretada en el acto del juicio en la suma de 300.000 euros. La sentencia de primera instancia tras considerar insuficiente la prueba documental aportada por la demandada y desproporcionada e injustificada la cantidad solicitada por la actora, decide aplazar su determinación a ejecución de sentencia, indicando las bases de la liquidación (25% sobre la diferencia de beneficios obtenidos por la publicación del n.º 415 de la revista con respecto a los demás números de la revista durante el año 2005). La parte demandante recurre en apelación tal determinación al considerar que el juez *a quo* ha establecido unas bases de cálculo para determinar, en ejecución de sentencia, la indemnización correspondiente sin tomar en consideración las circunstancias del caso, ni la gravedad de la lesión producida en sus derechos fundamentales, tomando como referencia o como criterio de cálculo el beneficio de la sociedad demandada por la publicación del reportaje objeto de autos, siendo tal criterio de carácter residual. La sentencia recurrida al estimar el recurso de apelación formulado por la parte contraria y considerar que no hubo intromisión ilegítima en los derechos invocados de contrario desestimó sin más el recurso formulado por la parte demandante sin analizar el mismo.

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resar-

cimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989, de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum* [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006).

A tenor de lo expuesto el *quantum* [cuantía] indemnizatorio no es objeto de casación, como tal. Pero sí lo es la base jurídica que da lugar al mismo. Éste es el caso que aquí se plantea.

En este sentido, atendiendo al despliegue de medidas de seguridad adoptadas por el demandante tanto antes como después de la celebración para mantener el acto que tuvo lugar en el castillo de Chantilly ajeno a la opinión pública, el número de ejemplares vendidos de la revista, la difusión nacional de la misma, la trascendencia de la fotografía en la aparecen los protagonistas, con cinco testigos y el sacerdote, así como la inclusión de la fotografía cuestionada ampliada en la portada de la revista, como reclamo para los lectores, y en el inicio del reportaje, la ubicación de las personas en un lugar expresamente cerrado al público y vedado al acceso de los periodistas, se considera procedente, atendiendo a la entidad del daño sufrido y a las demás circunstancias del caso expresadas a lo largo del presente motivo, fijar en 30.000 euros la cuantía indemnizatoria.

Se absuelve a una cadena de televisión y a una productora al no vulnerar el derecho al honor de una señora, en el debate y concurso organizados y realizados por ambas el 2 de diciembre de 2004 en el programa «A la carta» cuyo tema era «¿Se ha casado Mariola con Vicente por dinero?».

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 31 de enero de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

En el programa televisivo emitido el 2 de diciembre de 2004 diversos personajes invitados o colaboradores de éste debatieron durante más de treinta minutos acerca de la relación sentimental entre D.^a Mariola y el empresario D. Vicente, así como la anterior relación de ésta con D. Adrián. La cuestión central era si la conocida vedette se había casado con Vicente por dinero. En dicho programa se invitó al público a responder a través de mensajes de teléfono móvil (SMS) a la pregunta: «¿Se ha casado Mariola con Vicente por dinero?», a la vez que se organizó por la productora el sorteo de una cámara fotográfica digital entre todos los telespectadores que contestaran a la pregunta.

Doña Mariola interpuso demanda de juicio ordinario contra «Sisifus Producciones SA» y contra «Antena 3 Televisión, SA». Y ejercita la acción de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Madrid dictó Sentencia el 18 de mayo de 2007 estimando parcialmente la demanda declarando que se había producido con dicho debate y concurso una vulneración en el honor de la demandante por atribuir a su persona una conducta que era afrentosa para su persona, condenándolas a cada una a abonar a la actora la cantidad de 4.157,95 euros. Se desestimó la demanda en cuanto a la vulneración del derecho a la intimidad porque no se habían revelado datos desconocidos para el público y se declaró que las fotografías emitidas durante el programa no vulneraban su imagen al haberse emitido en lugares públicos.

En grado de apelación, la Sec. 13.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de abril de 2008 estimando los recursos de apelación de la productora y de la cadena televisiva declarando que no se había producido con dicho programa vulneración del honor ni de la intimidad al haberse ejercitado correctamente el derecho de crítica en un contexto de oportunidad e interés suscitado por la propia D.^a Mariola.

D.^a Mariola interpuso recurso por infracción procesal que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se formula en un único motivo: «infracción de las normas procesales reguladoras de la Sen-

tencia contenidas en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por incurrir la sentencia ahora recurrida, en incongruencia, en falta de motivación, y en valoración irrazonable, ilógica y arbitraria de la prueba practicada». El motivo

se funda, en síntesis en lo siguiente: Estructurado en cuatro apartados, en el primero se denuncia la falta de examen del recurso de apelación de la demandante por la Audiencia Provincial; en el segundo, se denuncia la incongruencia de la sentencia al referirse sólo al concurso y a la pregunta, y no al debate suscitado; en el apartado tercero, se denuncia que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre las alegaciones realizadas por la demandante en los escritos de oposición a los recursos de apelación de las demandadas; en el apartado cuarto, se denuncia que la decisión es arbitraria y fundada no en la jurisprudencia y en los hechos probados sino en otra sentencia anterior tomada por la misma Audiencia Provincial.

Este motivo debe ser desestimado.

A) El principio de la congruencia proclamado en el artículo 218 LEC (que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE) exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

Es doctrina jurisprudencial que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita. Así lo ha venido señalando esta Sala, tanto al amparo del artículo 359 LEC 1881, como de la LEC vigente en la actualidad (STS de 12 de junio de 2007). La respuesta judicial sólo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando «no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución» (STS de 1 de abril de 2008, RC n.º 222/2001).

B) Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y

los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.

La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS de 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001).

Aplicación de la doctrina a las infracciones procesales denunciadas.

A) La parte recurrente denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia por falta de análisis del recurso de apelación de la parte demandante, por falta de análisis de uno de los hechos alegados (debate) y por no haberse hecho referencia a los motivos aducidos en su escrito de oposición a los recursos de apelación de las partes demandadas. Sin embargo, la sentencia recurrida no incurre en el defecto alegado. En su Fundamento de Derecho Segundo se describen los hechos objeto de apelación incluyendo el debate suscitado en torno a la pregunta, con la descripción de las posturas adoptadas por los intervinientes en el programa, y se enumeran los

dos motivos del recurso de apelación de la parte recurrente dedicados a la vulneración de la intimidad por dicho programa y a la cuantía de la indemnización. El análisis de los recursos de las demandadas, por la vulneración del derecho al honor apreciada en primera instancia, se realiza conjuntamente con la alegación de vulneración de la intimidad de la demandante alegada en su recurso de apelación y así se expone en el fundamento de derecho cuarto que los hechos no suponen una vulneración ni del honor ni de la intimidad de la parte recurrente, siendo innecesario el examen del motivo de apelación relativo a la indemnización por no existir el presupuesto base para su análisis al no haberse apreciado la existencia de intromisión ilegítima.

En realidad, lo planteado no es algo que afecte a la congruencia sino a la motivación de la sentencia, conceptos distintos según ha reiterado esta Sala (SSTS de 1 de diciembre de 1998, 25 de enero de 1999, 2 de marzo de 2000, 25 de septiembre de 2003, 30 de octubre de 2006, 29 de noviembre de 2006, 26 de abril de 2007 y 23 de julio de 2007), de forma que, cumplido el requisito de congruencia, habrá falta de motivación si el pronunciamiento de la sentencia no se halla amparado en razonamientos fácticos o jurídicos suficientes para justificarlo. Esto no acontece en la sentencia impugnada, pues, como declaran las SSTS de 19 de diciembre de 2008, RC n.º 2519/2002 y 2 de octubre de 2009, RC n.º 2194/2002, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que la exigencia constitucional de motivación no impone «una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate» (STC 101/1992, de 25 de junio), de manera que «sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución» (STC 186/1992, de 16 de noviembre).

B) Siendo la sentencia congruente con las peticiones de las partes, tampoco incurre ésta en el defecto denunciado de arbitrariedad por basar su decisión, según la parte recurrente, en una sentencia anterior de la misma Audiencia

Provincial. La denuncia de valoración arbitraria de la prueba se hace a través de un cauce incorrecto, ordinal segundo del artículo 469.1 de la LEC en lugar del ordinal 4.º y sin cumplir los parámetros legales antes expuestos que permitan la revisión probatoria. Además, la Audiencia Provincial basa su decisión no en una sentencia anterior como expone la parte recurrente, sino en la aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa al honor y a la intimidad aplicada al caso concreto en el Fundamento de Derecho Cuarto.

2. Recurso de casación.

Se interpone alegando dos motivos. En primer lugar, «por vulneración del derecho fundamental al honor reconocido en el artículo 18 de la CE». En este motivo se analizan los fundamentos de la sentencia de primera instancia y los de la sentencia recurrida, para concluir que se ha producido una vulneración por la Audiencia Provincial del artículo 18 de la CE, aplicando la doctrina jurisprudencial en torno al derecho de información y el derecho a la libertad de expresión. En segundo lugar, se alega que se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad de la demandante porque el tema del debate revela datos íntimos de la vida privada de la demandante, que ésta deseaba preservar para sí y que no había revelado.

En estos motivos se cuestiona la aplicación de la doctrina jurisprudencial en torno al derecho de información y el derecho a la libertad de expresión así como sobre el derecho a la intimidad realizada por la sentencia recurrida, considerando que se ha producido una vulneración del derecho al honor y a la intimidad de la demandante porque el tema del debate es injurioso y afrentoso para la actora y además revela datos íntimos de la vida privada de la demandante, que ésta deseaba preservar para sí y que no había revelado.

A. La colisión entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de información y expresión.

a) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los

pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o personas particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a su divulgación por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El derecho al honor y a la intimidad personal, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor y a la intimidad personal por la libertad de expresión

e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho al honor, SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008, RC n.º 3633/2001, 2 de septiembre de 2004, RC n.º 3875/2000, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006, 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005; respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS de 16 de enero de 2009, Pleno, RC n.º 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC n.º 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998; respecto del derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril, SSTS de 22 de febrero de 2007, RC n.º 512/2003, 17 de febrero de 2009, RC n.º 1541/2004, 6 de julio de 2009, RC n.º 1801/2005).

b) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor y a la intimidad personal por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

c) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene rele-

vancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, Observer y Guardian, 2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTs de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005) o si la crítica se proyecta sobre estas personas, pues entonces el peso de la libertad de información en el primer caso y el de la libertad de expresión en el segundo, es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS de 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC de 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

(ii) La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5) pero este requisito de veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la inti-

midad personal. Cuando el derecho fundamental es la libertad de expresión, ésta es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2), lo que se justifica en que «tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud» (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2, EDJ1989/1958).

(iii) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008, de 14 de abril; SSTs de 18 de febrero de 2009, RC n.º 1803/04, 17 de junio de 2009, RC n.º 2185/06). Y si se trata de opiniones, la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

(iv) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n.º 157/1998). Quien divulgue datos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación de los aspectos

divulgados y la crítica de los mismos (STC de 27 de abril 2010, RC 4239/2006)

B) Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a las siguientes conclusiones:

a) En el terreno abstracto, se produce a través del programa emitido una colisión entre el derecho al honor y la intimidad de D.^a Mariola y el derecho a la libertad de expresión del programa «A la carta» por la elaboración de un programa en torno a la cuestión de los motivos del matrimonio de Mariola con el Sr. Vicente con la celebración de un concurso entre los telespectadores que participen en la contestación de la pregunta de si dichos motivos pueden ser económicos.

b) Desde el punto de vista del peso en abstracto de dichos derechos fundamentales debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre expresión, en su máximo grado, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación que con independencia de su contenido o calidad televisiva influyen sobre la opinión pública (STS de 16 de noviembre de 2009, RC n.º 2041/2006).

c) En el examen del peso relativo de los derechos en colisión hay que examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, esta prevalencia abstracta del derecho a la libertad de expresión puede hacerse valer frente al derecho al honor y a la intimidad. Este examen nos depara las siguientes conclusiones:

(i) La recurrente, Mariola, es un personaje conocido por el público en general tanto por su actividad artística como por su vida privada, habiendo contribuido la recurrente en dicha proyección a través de la concesión de exclusivas. El debate suscitado en torno a la motivación de su matrimonio debe enmarcarse en la crítica sobre la actividad de un personaje público. Esta crítica no lo es de su actividad profesional, sino de su vida personal, en un programa de entretenimiento, por lo que desde este punto de vista el peso de la libertad de expresión es débil.

(ii) Al no proporcionarse ningún tipo de información con el programa, sino suscitarse un debate público sobre la opinión de la gente y los participantes en el programa de la motivación del matrimonio de la vedette, la veracidad no es elemento a valorar ni un límite que opere en el ejercicio de la libertad de expresión.

(iii) En cuanto al posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de las expresiones utilizadas cabe recordar que la pregunta era «¿se ha casado Mariola por dinero?». El contrapunto a esta pregunta, a la vista del resultado de la encuesta, era si lo hacía por amor. En el programa hubo defensores de ambas posturas, como refleja la Audiencia Provincial, por lo que el programa no optaba por ninguna de las respuestas, sino que trataba de provocar un debate y valorar el estado de opinión del público consumidor de este tipo de programas. En este sentido, la pregunta resulta acorde con el fin pretendido y el debate suscitado responde a la finalidad del programa.

(iv) Otra cosa es si es posible la crítica de la vida personal de una persona famosa, más allá de su ámbito profesional, y en este punto resulta de especial relevancia toda la actividad llevada a cabo por la recurrente en su relación con este tipo de prensa pues el grado de consentimiento en la inmisión en su vida privada a través de la concesión de entrevistas y exclusivas en relación con su vida amorosa es lo que hace que el peso en este caso de la libertad de expresión sea mayor, pues ha sido la actora la que con su comportamiento ha permitido que se hable y opine sobre su vida, sin que se hayan revelado datos íntimos desconocidos para el público pues no ha existido afirmación en cuanto a la motivación de su matrimonio, sino opinión sobre la misma.

No se aprecia, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, infracción del derecho al honor de la recurrente, pues el derecho de crítica y expresión se ha utilizado dentro de los parámetros permitidos legalmente (i) al ir dirigida la crítica a un personaje público; (iii) sin utilización de expresiones injuriosas o desproporcionadas con el debate suscitado y sobre un ámbito en el que la demandante ha permitido su inmisión, tanto en cuanto a información como en cuanto a opinión.

La inclusión dentro del informe psicológico emitido en un procedimiento de familia de referencias a distintas patologías del padre no vulnera su derecho al honor ya que la intervención pericial de la psicóloga dota al informe de un interés público y general, especialmente cuando se van a tomar decisiones que comprometen directamente los intereses de menores al hallarse involucrados en la crisis matrimonial de sus padres.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

En un procedimiento de familia se emitió, a solicitud de la esposa, un informe pericial por la psicóloga D.ª Eulalia en orden a determinar el sistema de custodia y régimen de visitas.

El esposo ejerció acción de protección del derecho al honor contra D.ª Eulalia, al haber realizado la demandada, como psicóloga, en el seno de un procedimiento de familia, un informe pericial sobre su mujer titulado «Evaluación diagnóstica de Rosa». En dicho informe se efectuaban una serie de conclusiones que entendía lesionaban su derecho al honor al decir que presentaba graves patologías que provocaban que su conducta fuera absolutamente imprevisible, que era sumamente arriesgado y peligroso cualquier encuentro con su mujer y con sus hijos y que cualquier tipo de relación que establecieran los niños con su padre los colocaba en situación de riesgo físico y psicológico ya que el demandante no se encontraba capacitado en esos momentos para ejercer como padre, así como algunas recomendaciones, como que la guarda y custodia se atribuyera en exclusiva a la madre, que no se estableciera ningún régimen de visitas a favor del padre, o de no ser posible lo anterior, que fuera un régimen de visitas muy restringido siempre en presencia de profesionales así como que se decretase una orden de alejamiento en prevención de riesgos.

La demandada se opuso a la pretensión del actor solicitando su desestimación.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 32 de Barcelona dictó Sentencia el 9 de julio de 2007 estimando la demanda y tras apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del demandante, condenó a la psicóloga a abonar al actor la cantidad de 3.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

En grado de apelación, la Sec. 13.ª de la AP de Barcelona, dictó Sentencia el 4 de diciembre de 2008 desestimando el recurso de apelación. La sentencia se funda, en síntesis, en que (a) los hechos determinantes de esa aparente enfermedad mental que la demandada diagnosticó en un sujeto que no era paciente suyo, sino esposo de una de sus pacientes y que tampoco era destinatario de la evaluación encomendada, fueron conocidos por los datos obtenidos por el ejercicio de su profesión y no debieron haberse trasladado a su paciente como una conclusión médica sobre el trastorno de su marido y menos aún, cuando ni siquiera le había examinado a estos efectos, por lo que con la revelación a la Sra. Rosa de ese irregular diagnóstico relativo a su esposo, se le proporcionó un dato que únicamente debía conocer éste, perpetrando así la conducta prohibida en el artículo 7.4 de LPDH; (b) no habiendo denunciado el actor vulneración de su derecho a la intimidad sino una lesión de su derecho al honor resulta obvio, desde esta perspectiva, que el hecho de manifestar que el actor es un

enfermo mental incapacitado para ejercer como padre siendo incluso arriesgado y peligroso cualquier encuentro con él de la esposa y de los hijos, supone un menoscabo de la dignidad y reputación del mismo; (c) que dicho menoscabo no estaba justificado por el ejercicio de su profesión por la demandada en cuanto llega a unas gravísimas conclusiones sobre el estado de salud del actor sin haberlo examinado y sobre la única base de las manifestaciones subjetivas de los miembros de una familia en crisis, no constando los datos objetivos concluyentes de que disponía la psicóloga para llegar a unas conclusiones tan drásticas sobre el estado psíquico o mental del demandante como la expuesta en el citado informe; (d) el mero hecho de hacerse público el informe en el proceso matrimonial supone una difusión mínima pero suficiente para la afectación del derecho al honor, aun cuando el requisito de la divulgación ya no es necesario para apreciar la intromisión ilegítima, según la nueva redacción del artículo 7.7 de LPDH.

D.^a Eulalia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso de casación

«Vulneración del derecho a la libertad de expresión de mi patrocinada, bajo unos pronunciamientos jurídicamente contrarios a su derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Española, cercenando y limitando su normal ejercicio y su ámbito». El motivo se funda, en síntesis, en que: a) el informe psicológico se emitió dentro del ámbito de sus conocimientos profesionales y contrastando la información recibida, de manera que todas las valoraciones hechas en el mismo se ajustan plenamente a las competencias y conocimientos profesionales de la demandada, como así lo corrobora el Colegio de Psicólogos a propuesta de su comisión de deontología, quien estableció que no existía indicio alguno para determinar que el informe fuera contrario a las normas de deontología profesional y a las competencias del ejercicio de su profesión; b) no ha valorado correctamente el concepto de «difusión mínima», ya que no puede entenderse que la aportación del informe psicológico en el proceso matrimonial tenga entidad suficiente para estimar la acción de protección del derecho al honor que ejercita el actor; c) teniendo en cuenta el protocolo profesional de psicólogos se ha hecho un uso correcto de los datos personales, puesto que únicamente

se ha entregado el informe al Juez de Familia y además la recurrente, ha realizado las valoraciones que eran absolutamente necesarias en aras a poder determinar la realidad familiar de su paciente en el Juzgado de Familia.

2. Libertad de expresión e información y derecho al honor

A) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos ob-

jetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

En el caso que nos ocupa entra también en juego el derecho a la producción y creación técnica [artículo 20.1.b) CE]. Esta libertad, conforme a nuestra jurisprudencia, «no es sino una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones» (SSTC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5).

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006, 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005, 10 de noviembre de 2010, RC n.º 731/2008, 25 de enero de 2011, RC n.º 859/2008).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

Debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, §42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC n.º 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC n.º 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDHI, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS de 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC de 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado; (ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda

prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones; (iii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

3. Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado

La aplicación de la doctrina al caso examinado conduce a la conclusión de que, frente a la intromisión en el derecho al honor del demandante, atendidas las circunstancias del caso, prevalece la libertad de expresión de la recurrente y, en consecuencia, no cabe apreciar la existencia de una vulneración del derecho al honor. Esta conclusión se funda en los siguientes razonamientos:

A) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre expresión y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

B) El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) La intervención pericial de la psicóloga en el ámbito de un juzgado de familia dota

al informe confeccionado con dicho objeto de un interés público y general, especialmente cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, se van a tomar decisiones que comprometen directamente los intereses de menores al hallarse involucrados en la crisis matrimonial de sus padres. En efecto, desde el momento en que la psicóloga realiza un trabajo forense, interviene como perito ante el juzgado de familia, realiza una evaluación psicológica, hace unas declaraciones basadas en su trabajo profesional e influye en la toma de decisiones judiciales al efectuar las recomendaciones o propuestas que considera oportunas al priorizar, como sucede en este caso, los intereses de los menores sobre los de otros individuos no puede negarse que el informe pericial goce de interés público.

Desde este punto de vista, el grado de afectación del derecho al honor es débil frente a la protección del derecho a la libertad de expresión.

(ii) El recurrido en su escrito de oposición aborda el tema de la veracidad destacando que se trata de imputaciones baldías, sin fundamento y carentes de soporte real.

La sentencia recurrida no hace especial hincapié en la falta de concurrencia del requisito de la veracidad, sino en el carácter innecesario e injustificado de la elaboración de un diagnóstico respecto de una persona que no era paciente suyo y de la comunicación o revelación a su paciente de unas conclusiones médicas sobre el trastorno mental observado en un sujeto distinto a ella que además no era el objeto del encargo profesional al que debía responder y al que ni siquiera examinó específicamente a tales efectos.

Esta Sala considera que el requisito de la veracidad no puede estimarse vulnerado por las conclusiones o declaraciones realizadas por la psicóloga tras la evaluación psicológica de su paciente aun cuando algunas de ellas vengan referidas a su marido, puesto que como se ha manifestado, en el informe se ejercita fundamentalmente la libertad de expresión, de manera que sus consecuencias jurídicas deben calibrarse principalmente en torno a ella. Pero es que además consta que la psicóloga recibió a ambos cónyuges, que obtuvo de las entrevistas

realizadas datos directos del marido aunque no fuera él su paciente, haciendo constar en el informe las evaluaciones efectuadas, las conclusiones alcanzadas en el desarrollo de su labor profesional, así como el procedimiento por el que llegó a las mismas. Habida cuenta de que no se demuestra que el dictamen pericial incurra en exceso, la cuestión se mueve en torno a la valoración del dictamen pericial y su posible oposición por parte del perjudicado.

(iii) La sentencia recurrida cifra la lesión del derecho al honor del demandante en que el hecho de manifestar que el actor es un enfermo mental incapacitado para ejercer como padre siendo incluso arriesgado y peligroso cualquier encuentro con él de la esposa y de los hijos, supone un menoscabo de la dignidad y reputación del mismo, que no estaba justificado por el ejercicio de su profesión por la demandada en cuanto llega a unas conclusiones gravísimas sobre el estado de salud del actor sin haberlo examinado y sobre la única base de las manifestaciones subjetivas de los miembros de una familia en crisis.

La parte recurrente alega que el informe psicológico se emite dentro del ámbito de sus conocimientos profesionales, contrastando la información recibida, de manera que todas las valoraciones hechas en el mismo, se ajustan plenamente a las competencias y conocimientos profesionales de la demandada, además de tratarse de valoraciones absolutamente necesarias para poder determinar la realidad familiar de su paciente en el juzgado de familia.

Esta Sala no puede compartir la argumentación ofrecida por la sentencia recurrida y estima que en el caso de autos no puede prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión por las siguientes razones: (a) como se ha reiterado en las anteriores instancias, no se ha invocado lesión alguna de la intimidad sino una lesión del derecho al honor del demandante; (b) el informe psicológico, si bien había sido confeccionado a instancia de una sola de las partes en litigio, iba a desplegar plenos efectos en el conflicto matrimonial existente entre ellas, al presentarse como prueba pericial en el acto de

la vista de las medidas provisionales previas a la demanda solicitadas por la peticionaria del mismo y ratificarse en ese mismo acto por su autora, conflicto en el que la consideración de la situación de la pareja a efectos de decidir sobre las medidas a adoptar en relación con los menores es inescindible y en el que el profesional de la psicología debe ofrecer al juzgado cuantos datos tenga en su poder a los efectos de que el juez pueda dar respuesta a las cuestiones planteadas; (c) no se ha discutido que las afirmaciones de la psicóloga sean manifiestamente inveraces, sino sólo que no realizó una examen específico del marido, pero consta que se entrevistó con él y con las hijas, además de con su paciente y, tras una valoración profesional de esas entrevistas y de la situación existente, extrajo una serie de conclusiones e hizo unas recomendaciones respecto de la comunicación entre las hijas del matrimonio y el padre; (d) no consta la relación causal entre el dictamen realizado por la psicóloga en el seno del procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda y la resolución última dictada en el procedimiento de divorcio contencioso, en el que sobre todo se atiende al informe elaborado por el Gabinete Psicosocial adscrito al juzgado y al del SATAV (Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la Víctima) a la hora de confirmar la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a la madre y el régimen de visitas acordado en la sentencia de primera instancia; (e) la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona rechaza expresamente la petición de la madre relativa a la supresión de todo el régimen de visitas entre el padre y los hijos del matrimonio amparada en el informe psicológico aportado en sede de medidas previas confeccionado por la ahora recurrente al dar preferencia, como ya hiciera la juez *a quo*, al informe del SATAV.

En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de expresión prevalece en este caso sobre el derecho al honor del demandante, pues el grado de afectación de la primera es relevante y el grado de afectación del segundo es débil.

SUCESIONES

Se condena a las herederas a abonar a los legatarios la diferencia entre el precio real de venta de la finca objeto del legado y el que se hizo constar en la escritura pública al considerarse que existió simulación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Constancio, D. Ismael y D. Pedro (hermano y sobrinos del testador), formularon demanda contra D.ª Custodia, D.ª María Juana y D.ª Marina las designadas como universales herederas del mismo (dos hijastras y una sobrina), en reclamación del importe de la venta de unas naves que fue objeto de legado a favor de aquéllos en virtud del testamento notarial abierto otorgado por el causante el 30 de marzo de 2005 —el mismo día en que fue intervenido quirúrgicamente y cinco días antes de fallecer—. Los actores aducían la simulación del precio de venta, y el apoderamiento, por parte de las herederas mandatarias —del testador para esa venta—, de la diferencia entre la cantidad señalada en tal concepto en la escritura pública (3.221,424 euros), —que sí les fue entregada por las demandadas en pago de su legado—, y la cantidad superior verdaderamente recibida por éstas (5.851,595 euros).

Las demandadas negaron la simulación manteniendo como precio real el de la escritura, el cual sostenían que había sido cerrado previamente por el testador semanas antes de que las mandatarias concluyeran el negocio siguiendo sus instrucciones.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huelva dictó Sentencia el 15 de marzo de 2006 desestimando la demanda por falta de prueba de la simulación.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Huelva dictó Sentencia el 31 de julio de 2006, estimó el recurso de los actores y con él, la demanda en su integridad, y condenó solidariamente a las demandadas a pagar la suma de 1.089,288 euros —diferencia entre el precio simulado que aparece en la escritura y el verdaderamente abonado— más intereses y costas de la primera instancia. A falta de prueba directa, la sentencia considera acreditada la simulación del precio basándose en prueba de presunciones, que extrae de una serie de hechos base o indicios de entre los que destacan los siguientes: a) que aunque lo negaron, consta probado que las mandatarias estuvieron presentes en el acto de otorgamiento del testamento y conocieron la última voluntad del testador en cuanto a legado del producto de la venta de los referidos inmuebles; b) que pese a que ninguna urgencia existía para celebrar la venta ordenada por el causante, ésta se llevó a cabo la misma tarde en que se otorgaron testamento y poder, demorándose por el contrario el pago del precio hasta dos meses después; c) que el precio de tasación o mercado de las naves a esa fecha no era el reflejado en la escritura sino el superior de 5.851.595 euros, que se aproxima a la cantidad (900 millones de pesetas) solicitada como préstamo por el comprador para abonar el precio

convenido con el dueño semanas antes; d) que la obligación de indemnizar a los inquilinos correspondía, según la propia escritura, a la parte vendedora y no a la compradora.

D.^a Custodia, D.^a María Juana y D.^a Marina interpusieron recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, siendo desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso por infracción procesal

El recurso se articula en torno a la infracción de los artículos 217 y 218 LEC (en relación con el 319.1 LEC) «el primero en cuanto a la aplicación de las normas legales de distribución del *onus probandi*, cuestión esta que tiene acceso a este recurso extraordinario [...]»; «el segundo, por no aplicarse los criterios más elementales de la lógica y la razón en la interpretación de las pruebas e indicios que la Audiencia toma para fijar los hechos que declara probados». En síntesis, considera la recurrente que la infracción del artículo 217 LEC se produce porque recaía en la parte actora la carga de probar que el precio real de venta no fue el que señalaba la escritura pública (3.221,424 euros más IVA) sino otro superior (5.851. 595,82 euros), lo que, a juicio de la recurrente, no hizo, limitándose a probar el de mercado, obviando que no se está enjuiciando este valor sino el verdadero precio que se pagó por las naves vendidas. Y la infracción del artículo 218 LEC se explicaría, según su tesis, poniéndolo en relación con el artículo 319.1 LEC, toda vez que, en ausencia de prueba directa de la simulación del precio, fue errónea la decisión de presumirla, pues esa conclusión se alcanza valorando las pruebas al margen de toda lógica y en contravención de lo dispuesto en el artículo 319.1 LEC sobre fuerza probatoria de los documentos públicos.

El motivo debe ser desestimado.

A) Alegación ante el tribunal de casación de errores en la valoración de la prueba. Carga de la prueba, prueba documental pública y prueba de presunciones.

Esta Sala viene reiterando (por todas, SSTs de 16 de marzo de 2010, RC n.º 504/2006, 22 de marzo de 2010, RC n.º 364/2007, 5 de mayo de 2010, RC n.º 556/2006; 5 de mayo de 2010, RC n.º 699/2005) que el régimen de recursos ex-

traordinarios establecido en los artículos 468 y 469 y DF 16.^a LEC, asentado en la absoluta separación entre cuestiones procesales y sustantivas, refuerza el papel de la Audiencia Provincial como órgano al que corresponde en exclusiva fijar los hechos probados con carácter incontrovertible, por gozar de un conocimiento pleno o plena jurisdicción que, con los límites que imponen la prohibición de la reforma peyorativa y el principio *tantum devolutum quantum appellatum* [sólo se trasfiere al superior lo que se apela], le permiten resolver en apelación todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto de debate en la primera instancia (SSTS de 4 de junio de 1993, 5 de mayo de 1997, 28 de julio de 1998, 6 de noviembre de 1999, 11 de marzo de 2000, 30 de noviembre de 2000, 15 de marzo de 2002, 21 de julio de 2004, 28 de octubre de 2008, RC n.º 1649/2001, y 16 de noviembre de 2009, RC n.º 2041/2006 y SSTC 272/1994, 37/1995, 157/1995, 176/1995, 3/1996, 125/1997, 9/1998, 101/1998, 206/1999, 21/2003 y 60/2006 entre otras muchas). La referida competencia de la AP determina la conveniencia de que la sentencia de apelación haga uso de la posibilidad que contempla, aún sin carácter imperativo, el artículo 209.2.^a LEC, y contenga un relato de los hechos probados.

De este sistema y de la jurisprudencia que lo ha interpretado se sigue, no sólo que las únicas infracciones que cabe plantear mediante el recurso de casación son las de normas civiles y mercantiles (no así temas atinentes al juicio de hecho en que, directa o indirectamente, se cuestionen o marginen las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida) sino también que por ser función característica de la AP valorar la prueba, sus conclusiones al respecto han de mantenerse como regla general, al estar sujeta su revisión al estricto cumplimiento de los

presupuestos y cauces reseñados por la doctrina de esta Sala a tal fin.

En este sentido se ha dicho (SSTS de 15 de noviembre de 2010, RIP 610/2007, 14 de junio de 2010, RIP 1101/2006 y 13 de octubre de 2010, RIP n.º 764/2007) que los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC por estar este motivo de infracción procesal reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia», normas que comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado.

En consecuencia, la valoración probatoria sólo puede revisarse por el cauce adecuado (al amparo del artículo 469.1.4.º LEC), bien acreditando la existencia de un error patente o arbitrariedad en dicha valoración (SSTS de 20 de junio de 2006, 17 de julio de 2006), o bien por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005), por cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS de 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCIP n.º 1051/2005, 15 de enero de 2010, del Pleno, RC n.º 1516/2005 y 18 de marzo de 2010, RC n.º 2621/2005).

Este conjunto de reglas impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo pro-

pio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación (SSTS de 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000, 27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005).

En línea con lo anterior, la jurisprudencia viene considerando que el artículo 218 LEC, relativo a los requisitos de congruencia y motivación de las sentencias, que tiene su cauce de alegación través del motivo previsto en el artículo 469.1.2.º LEC, no contiene normas sobre valoración de prueba, de manera que su cita en sede de recurso extraordinario por infracción procesal no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial (STS de 13 de octubre de 2010, RIP 764/2007).

También se ha dicho reiteradamente por esta Sala que, aunque una amplia interpretación del artículo 469.1.2.º LEC comprende la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba (SSTS de 1 de octubre de 2009, RC n.º 690/2005 y 8 de octubre de 2010, RC n.º 2143/2006), no puede obviarse que esta vulneración se produce únicamente en los supuestos en que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte), se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 LEC, no sirviendo la cita del referido artículo para discutir la convicción del juez sobre la prueba practicada ni para valorar nuevamente todo el material probatorio (entre otras, SSTS de 8 de octubre de 2010, RC n.º 2143/2006 y 19 de octubre de 2010, RC n.º 2562/2003). No puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba al tiempo que se impugna la valoración de pruebas efectivamente practicadas (STS de 10 de julio de 2003, RC n.º 3511/1997) y la alegación de haberse vulnerado la carga de la prueba no permite examinar si la prueba tomada en cuenta por la Audiencia Provincial para la fijación del hecho controvertido tiene o no la

entidad suficiente (STS de 29 de junio de 2001, RC n.º 1481/1996). La mera imposibilidad probatoria de un hecho no autoriza, sin más, a invocar el principio de facilidad probatoria (SSTS de 8 de octubre de 2004, RC n.º 2651/1998 y 14 de junio de 2010, RC n.º 1101/2006).

En cuanto al valor probatorio de los documentos públicos, la jurisprudencia que interpreta el artículo 319.1 LEC, citado como infringido, declara que sólo hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella pero no impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que pueden derivarse de estas circunstancias (SSTS de 22 de octubre de 2009, RC n.º 552/2005, 16 de diciembre de 2009, RC n.º 1309/2005, 23 de febrero de 2010, RC n.º 370/2006 y 14 de junio de 2010, RC n.º 1101/2006).

También debe significarse que, ante la dificultad de acreditar mediante prueba directa la existencia de simulación, es común, y así lo ha señalado esta Sala (verbigracia, STS de 5 de mayo de 2008, RC n.º 262/2001), su acreditación sirviéndose de la prueba indirecta, sin perjuicio de que la resultancia probatoria obtenida, al igual que ocurriría de haberse logrado por pruebas directas, deba mantenerse en tanto no resulte desvirtuada por el medio de impugnación adecuado.

Con relación a la prueba de presunciones se ha dicho que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado (STS de 14 de mayo de 2010, RCIP n.º 1253/2006) y con relación a su revisión por esta Sala, la doctrina ha declarado (STS de 13 de octubre de 2010, RIP 764/2007, entre las más recientes) que las infracciones relativas a la prueba de presunciones sólo pueden producirse en los casos en los cuales se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o la misma ha sido utilizada por el órgano judicial, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente

entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas (STS de 11 de octubre de 2005), pero no en aquellos casos, en los cuales el órgano judicial se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica (STS de 10 de noviembre de 2005, RC n.º 1187/1999). También ha declarado esta Sala que la elaboración de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión. En consecuencia, el carácter ilógico de una presunción no puede ser invocado como vulneración de las garantías del proceso al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, sino que sólo es susceptible de ser invocado para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria al amparo del artículo 24 CE (STS de 23 de febrero de 2010, RC n.º 370/2006).

B) Aplicación de la doctrina expuesta planteada.

El recurso atribuye a la AP un error que consistiría, por un lado, en haber dado la razón a la parte actora a pesar de no aportar prueba directa, como le incumbía, sobre la existencia de un precio distinto del que figura en la escritura, y por otro, en acudir para fijar ese dato controvertido a la prueba de presunciones, pero apartarse en sus conclusiones de la lógica y la razón humana.

En aplicación de la anterior doctrina, no procede apreciar la existencia de las infracciones que se invocan. Son razones que conducen a esta conclusión las siguientes:

a) El planteamiento del recurso incurre en el defecto consistente en no precisar, ni en preparación ni en interposición, el concreto ordinal del artículo 469.1 LEC que escoge para su propósito de revisar la valoración de la prueba, lo que implica una falta de ajuste a las exigencias jurisprudencialmente establecidas como condición indispensable para que pueda accederse a revisar la valoración probatoria efectuada en la instancia habida cuenta de lo dicho sobre que el único cauce que lo permite es el del ordinal 4.º del artículo

469.1 LEC, y, en sentido contrario, sobre la falta de idoneidad del artículo 218 LEC.

b) Puesto que la demanda se funda en la realidad de un precio distinto y superior al que tuvo reflejo en la escritura, necesariamente procedía apartarse del tenor del documento en orden a la acreditación del hecho controvertido, y con mayor motivo cuando el valor probatorio tasado de los documentos públicos no alcanza a su contenido, esto es, a las manifestaciones vertidas por las partes en ellos. En consecuencia, en ninguna incorrección incurrió la AP respecto al artículo 319.1 LEC al verificar la disonancia de lo declarado en la escritura sobre el precio y la realidad de lo que se pagó, mediante el conjunto de los demás medios de prueba practicados, incluyendo, a falta de prueba directa, la indirecta o de presunciones. El resultado de la prueba así obtenido, al igual que ocurriría de haberse logrado por pruebas directas, ha de mantenerse en tanto no resulte desvirtuada por el medio de impugnación adecuado.

c) Que a la parte actora incumbiera probar los hechos constitutivos de su pretensión no implica que tuviera como única posibilidad acudir a medios de prueba directos. Era igualmente válida la prueba de presunciones, en la que desde un principio dijo apoyarse. Y puesto que la AP valoró prueba para fijar como cierta la realidad de un precio superior al señalado en el contrato, resulta improcedente la invocación de las reglas sobre la carga de la prueba (artículo 217 LEC), las cuales no han de servir para discutir la convicción del juez sobre la practicada ni para valorar nuevamente el material probatorio.

d) Acreditado un hecho mediante prueba de presunciones, tampoco está permitido, con la excusa de alegar una valoración errónea de dicha prueba en lo atinente a la falta de enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano entre hecho presunto y hecho indiciario, propugnar una revisión de la prueba de los hechos base o indicios que fueron fijados mediante prueba directa, prescindiendo de los estrechos márgenes que lo permiten. Incluso en la hipótesis más favorable a la parte recurrente de entender utilizado el cauce del artículo 469.1.4.º LEC, cuando en la fijación de los hechos base no se ha incurrido en falta de lógica o arbitrariedad, dicho

cauce posibilita únicamente revisar la inferencia lógica que se extrae de los mismos. Sin embargo, la parte recurrente, en lugar de limitarse a controvertir la citada inferencia, toma la postura de apartarse de los hechos base señalados por la AP como probados y realiza además en una improcedente comparación argumentativa de las sentencias de primera y segunda instancia que desvirtúa por completo su denuncia acerca de la no lógica ni razonable conexión entre los admitidos o probados y los presuntos. Así, afirma que el precio fijado en la escritura lo había cerrado el propietario tiempo antes de otorgar testamento y apoderar a las demandadas, que éstas siguieron sus instrucciones en cuanto a la rápida conclusión del negocio y forma y tiempo de pago del precio, y que el menor precio de la venta respecto al de mercado se correspondía con la existencia de inquilinos en las naves que debían ser indemnizados por el comprador. Estas afirmaciones obvian lo manifestado sobre tales extremos por la AP, quien, apoyándose en prueba directa, principalmente documental y de testigos de valoración libre, con arreglo a la sana crítica, y por ende no susceptible de control en sede de recurso extraordinario —salvo en supuestos de arbitrariedad o error patente, no concurrentes—, si bien declara como cierto que hubo tratos previos, y que el acuerdo estaba casi hecho, en ningún momento extiende esa certeza al hecho de que el precio pactado por el testador fuera el que tuvo reflejo en la escritura, como se pretende, entre otras razones, porque también es un hecho acreditado que ya entonces le constaba al dueño un valor de las naves superior al sostenido como verdadero por la recurrente, que además está mucho más próximo a la suma solicitada como préstamo por el comprador que a la suma indicada en la citada escritura, careciendo de sustento de conformidad con esta la afirmación de que parte de los 900 millones solicitados al banco por el comprador no correspondiera al precio de las naves sino a la indemnización de los inquilinos, pues según la escritura esta indemnización quedaba a cargo de la parte vendedora.

2. Recurso de casación

La parte recurrente dedica los tres primeros fundamentos del recurso a justificar la infracción,

con carácter principal, del artículo 1281.1 CC, y, con carácter subsidiario, del artículo 1283 CC. Defiende —en el primer caso, con fundamento en la preferencia de la interpretación literal de los contratos cuando sus términos están claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, y en el segundo, con base en la imposibilidad de entender comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que los interesados se propusieron contratar—, que el único precio cierto y real fue el que recoge la escritura ya que no sólo resulta de la propia letra del contrato sino que además coincide con el reconocido como tal por todos los intervinientes, esto es, las demandadas, el comprador y el notario autorizante.

El motivo debe ser desestimado.

A) Interpretación de los contratos.

a) La jurisprudencia declara que la interpretación de los contratos realizada por el tribunal de instancia, ajustada a los hechos considerados probados en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, no puede ser revisada en casación salvo que se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La cita en casación de tales preceptos como infringidos está sujeta a ese límite, debiéndose mantener la interpretación formulada en la instancia frente al criterio de la parte recurrente salvo que sea arbitraria, ilógica o contraria a la ley (SSTS de 19 de diciembre de 2009, RC 2790/1999, de 21 de noviembre de 2008, RC n.º 2690/2002, de 20 de marzo de 2009, RC n.º 128/2004, 5 de mayo de 2010, RC n.º 699/2005 y 5 de noviembre de 2010, RC n.º 428/2006, entre otras).

La labor interpretativa, de averiguación y comprensión del sentido y alcance del contrato, descansa en un conjunto complementario y subordinado de normas (artículos 1281 a 1289 CC), de entre las cuales tiene preferencia la regla contenida en el artículo 1281.1 CC, que obliga a interpretar el contrato según el sentido literal de los términos en que están redactadas, siempre que sean claros y no surjan dudas sobre la verdadera intención de los contratantes (SSTS de 29

de enero de 2010, RC n.º 1985/2005, y las que en ella se citan).

Por el contrario, de existir dudas, esto es, si del significado gramatical de las palabras empleadas pudiera colegirse que entran en contradicción con la verdadera intención de los contratantes, ha de ser ésta la que debe prevalecer (artículo 1281.2 CC), de manera que no puede conformarse el órgano judicial con el sentido gramatical, y, sirviéndose de los demás medios de interpretación, ha de indagar la verdadera intención que se esconde detrás, que puede inferirse de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados (artículo 1282 CC). A lo que debe añadirse que, por constituir el contrato un todo orgánico e indivisible, las cláusulas que lo integran no pueden interpretarse aisladamente sino unas por las otras, a fin de atribuir a las dudosas el sentido que resulta del conjunto de todas (1285 CC)

b) En el presente caso, en el que la cuestión controvertida radica en la discordancia de la voluntad declarada y la real, y en el que las partes aceptaron fijar en el documento contractual un precio distinto al que en realidad se pagó por las naves objeto de compraventa, con el fin de simular que aquél fue el verdadero y ocultar el segundo en perjuicio de los legatarios que debían percibirlo, carece de justificación priorizar la interpretación literal a la que alude la regla del apartado 1.º del artículo 1281 CC pues, como se ha dicho, es condición indispensable para que ésta pueda prevalecer que no existan dudas acerca de su conformidad con la intención verdadera de los contratantes, lo que no acontece cuando los hechos probados reflejan una discordancia entre la intención real y la que resulta de la letra, en cuyo caso se encuentra justificado y es necesario superar la literalidad. Tampoco se aprecia infracción del artículo 1283 CC, por cuanto los citados hechos probados revelan que las partes no fueron ajenas a la fijación de un precio real superior al indicado en la escritura y que eso fue lo realmente querido, independientemente de lo que se manifestara para ocultar tal intención verdadera, lo que implica que la interpretación de la AP favorable a tener por precio real el que se indica en el hecho 8.º del FD Tercero no supone obligar a nada que no hubiera sido ya aceptado por los contratantes.

CUESTIONES PENALES

En la pena de privación de la patria potestad, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar su aplicación. Por esa razón es necesario exigir una prueba —pericial o de otro tipo— a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor. En consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

ANÁLISIS DEL CASO

La sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Toledo condenó al acusado Secundino, como autor penal y civilmente responsable de un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal, apreciando la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de parentesco, abuso de superioridad, confesión y arrebatos u obcecación, a la pena de quince años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como al abono de las costas causadas, incluidas las de la Acusación Particular. Igualmente deberá indemnizar a cada uno de los tres hijos menores, Luis Carlos, Luis Pedro y Esmeralda en la suma de 150.253,03 euros, respectivamente y a D.ª Rosario en 90.151,82 euros, indemnizaciones que devengarán el interés legal previsto en el artículo 576 de la LEC.

La mencionada sentencia fue recurrida en apelación ante el TSJ de Castilla-La Mancha, tanto por la acusación popular, ejercitada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, como por la acusación particular y por el propio acusado. La sentencia que dictó en esos recursos de apelación el TSJ referido desestimó todos los recursos, confirmando íntegramente la sentencia precedente del Tribunal del Jurado.

La acusación particular interpuso recurso de casación contra la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Centrándonos en el tema que nos interesa, esto es, si procede o no imponer al padre la pena de privación de la patria potestad, denuncian los recurrentes la indebida inaplicación del artículo 46 CP, que establece que «La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como

la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso».

Sostiene el recurrente la procedencia de aplicar esta «pena accesoria» por cuanto las circunstancias del caso están perfectamente

determinadas, ya que —afirma— «el acusado produjo la muerte violenta de la madre de los menores y presentes en el lugar de los hechos, pues al menos los dos mayores estaban salpicados de sangre».

De entrada, este último extremo no figura en la declaración de Hechos Probados, ni tampoco que los hijos estuvieran presentes cuando se produjo el apuñalamiento de la víctima. Por ello, esta alegación en nada empee el razonamiento del TSJ sentenciador cuando recuerda que el Código Penal permite al Juez o Tribunal la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, como pena privativa de derechos, en los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales (artículo 192. Título VIII), sustracción de menores (artículo 225 bis), abandono de familia (artículo 226), abandono de menores, entrega ilegítima a terceros o establecimientos públicos, utilización o entrega de menores para el ejercicio de la mendicidad (artículos 229-232), a los que se añaden, tras la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el delito de lesiones, malos tratos de obra y amenazas con armas cometidos en el ámbito doméstico (artículo 153 CP) y el delito de violencia doméstica con habitualidad (artículo 173.2 CP). Pero no se contempla para el delito de homicidio. Y a este respecto se invoca la STS 1378/2004, de 29 de noviembre, cuando deja sentado que «las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado hayan llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad, sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes».

Y, aunque es indudable que la cuestión aquí planteada puede ser objeto de controversia doctrinal, sin embargo en el plano jurisprudencial este Tribunal ha tomado posición al respecto (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de mayo de 2000), sobre la base del respeto debido a los principios de legalidad y de taxatividad inherentes al Derecho Penal [(*lex previa, certa, scripta*); (artículos 9.3 y 25.1 CE; y artículo 2.1 Código Penal)], de los que se desprende claramente la conclusión de que los Jueces y

Tribunales solamente podrán imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [v. artículo 39.b) del Código Penal], en los casos en que el legislador lo haya así establecido expresamente para concretos y determinados tipos penales. En este sentido, se dice en la STS de 11 de septiembre de 2000, que «aunque el Código Penal recoge entre las penas privativas de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad artículos 39.b) y 46, la impone en los tipos de los artículos 192.2, 226.2 y 233.1, no en el tipo de homicidio del artículo 138, sancionando con pena de prisión de diez a quince años. A su vez como pena accesoria (artículo 54), la inhabilitación absoluta, que acompaña a la pena privativa de libertad superior a diez años (artículo 55), no incluye el ejercicio del derecho de la patria potestad (v. artículo 41 CP); y la de inhabilitación especial —accesoria en todo caso de las privativas de libertad de hasta diez años (artículo 56)— aún referida a “cualquier otro derecho” aparte los expresamente citados en el artículo 56, precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación; (...)», determinación que no se da en el caso (véase STS de 13 de julio de 2006, entre otras).

Pero es que, por lo demás, la sentencia objeto del recurso, profundiza atinadamente en la cuestión al razonar que en todo caso, la imposición de esta pena no puede realizarse libérrimamente, sino que el juez o tribunal deberá atender «a las circunstancias del caso», según exige el art. 46 del Código Penal al describir el concepto y ámbito de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad como pena privativa de derechos; «en atención a las circunstancias del menor» (artículo 233.1 CP), «razonadamente» (artículo 192.2 CP) o «motivadamente» (artículo 226.2 CP), y «adecuado al interés del menor» (artículos 153 y 173.2 CP).

Tales exigencias legales muestran con claridad que, para imponer esta pena, el juez o tribunal deberá analizar su conveniencia atendiendo siempre al interés del menor, según las circunstancias de cada caso, para lo cual es necesario contar con elementos de juicio suficientes que

muestren los perjuicios que puede sufrir el menor de no privarse a su progenitor de la patria potestad, sin que a tal fin sea suficiente ni el argumento de la gravedad del delito, por cuanto ello significaría penar doblemente un mismo hecho, dado que los elementos determinantes de la gravedad ya han sido valorados al imponer la pena correspondiente; ni tampoco atender al daño psíquico, afectivo o moral, etc., que, naturalmente, produce un hecho de esta naturaleza en los hijos menores, pues la privación de la patria potestad al padre no va a paliar o reducir esos daños, sino al contrario, probablemente los acrecienta. Para ello será necesario que existan «elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado

no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor» (STS 1378/2004, de 29 de noviembre).

En consecuencia, es la protección del bien superior del menor la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta pena. Por esa razón es necesario exigir una prueba —pericial o de otro tipo— a través de la cual constatar que la privación de la patria potestad va a ser beneficiosa para el menor; en consecuencia, de no existir prueba o de ser ésta demostrativa de que la privación al padre de la patria potestad no va a beneficiar al menor, no puede aplicarse legalmente esta pena.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

PATRIA POTESTAD

No se declara la responsabilidad del Centro escolar y sí la de los padres de los menores que vejaron y acosaron a otro menor que terminó suicidándose, fundándose dicha responsabilidad en que la estructura familiar de los menores fue insuficiente para servir de marco de contención e inadecuado para transmitir mensajes de responsabilización de los menores por la conducta realizada.

TSJ País Vasco, Sentencia de 8 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ángel Garrido Bengoetxea**

Nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de unos hechos que han sido previamente enjuiciados por la jurisdicción penal.

De ahí que esta Sala haya de partir de los hechos declarados probados por dicha jurisdicción.

En este sentido, recogeremos los que se enuncian en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 15 de julio de 2005 y que son los siguientes:

Resulta probado y así se declara que José Francisco, nacido el 25 de septiembre de 1989 en Hondarribia, cursaba sus estudios de Educación Secundaria en el Instituto Talaia de Hondarribia.

El 15 de septiembre del año 2003, coincidiendo con el primer día del curso escolar se sintió indispuesto por problema intestinal que provocó una defecación involuntaria en la clase. Este hecho motivó que los días siguientes, dos semanas aproximadamente, recibiera burlas e insultos de sus compañeros. Si bien, la situación se zanjó tras la conversación que se mantuvo entre los alumnos y la jefa de estudios, quien también puso los hechos en conocimiento de los padres de José Francisco para que hubiera contactos si se observaban anomalías al respecto. El resto del curso transcurrió sin problemas.

A mediados del curso académico 2003-2004, José Francisco pasó de salir con su grupo de amigos con los que compartía partidos de fútbol a una relación con otro grupo formado por Alejo, Aureliano, Carmelo, Desiderio, Eulalio, Fulgencio, Hipólito y Emma.

Así, terminadas las clases y durante la primera quincena de agosto, José Francisco se fue de campamento a Zuaza con Alejo, Aureliano y Carmelo. Allí fueron sorprendidos por los monitores fumando hachís.

A la vuelta, los monitores enviaron a los padres de los menores sendas cartas donde relataban los hechos. Estas cartas sólo llegaron a manos de los padres de José Francisco, pues el resto interceptó la correspondencia, impidiendo que sus padres se enteraran de lo ocurrido.

Los padres de José Francisco tomaron la decisión de hablar con los padres de los otros tres amigos y contarles lo sucedido. Este hecho cambió radicalmente la posición de José Francisco en su cuadrilla de amigos, pues pasó de ser uno más a convertirse en el chivato, todos sentían «que les había traicionado» y así se lo hicieron saber pues se inició su distanciamiento y actividades de reproche por lo sucedido:

— En Fiestas de Hondarribia, a primeros de septiembre, José Francisco apenas salía. No

le avisaron para la cena de 6 de septiembre que efectuaron todos los amigos el día del alarde, Fulgencio, aprovechó que pertenecía a la misma compañía para reprocharle su comportamiento en el verano, increpándole y dándole empujones, acompañado por el resto del grupo, por lo que tuvieron que ser separados por los integrantes de la compañía.

— El día 13 de septiembre, comienza el primer día del curso académico 2004-2005, aprovechando un cambio de clases donde no había profesorado Alejo se dirigió a José Francisco para pedirle explicaciones del verano, le insultó, le pegó un puñetazo en la cara que le originó una herida sangrante en la boca como consecuencia del aparato de ortodoncia que portaba.

Lo mismo hicieron el resto del grupo, tanto los que estaban en la misma aula, fundamentalmente Carmelo y Desiderio, como en diferentes (Hipólito, Eulalio o Fulgencio) pues aprovechaban los términos de las clases para acudir donde estaba José Francisco y tras insultarle «chivato, cagón», le propinaban empujones y chetas (cachetes con la mano en la cabeza). Esto lo hacían dos o tres veces al día. Para evitar ser vistos por los profesores Aureliano vigilaba para que nadie se acercara y en otras ocasiones Desiderio.

— El día 14 de septiembre, en un cambio de clase, José Francisco acudió a ver a una persona a la clase de Fulgencio. Al ser visto por éste se le acercó y le dijo «tú qué haces en esta clase que la vas a contaminar», le dio un empujón empotrándolo contra el paragüero donde recibió patadas en las piernas y golpes en los hombros y abdomen de la mano de él y de Alejo y Carmelo. Este último fue visto cuando propinaba una patada por la espalda a José Francisco que se encontraba en clase, de espaldas y sin posibilidad de reaccionar frente al golpe que iba a recibir.

Este mismo día en clase de gimnasia se efectuaba un juego denominado «campo quemado» donde formados dos equipos, uno elimina a otro a base de darle con el balón. Esta circunstancia fue aprovechada por Fulgencio y Carmelo para pegar más balonazos a José Francisco. Asimismo se unieron el resto de los chicos del grupo que están en su clase, hasta que José Francisco abandonó el gimnasio.

— El día 15 de septiembre, coincidiendo con la fecha en que José Francisco tuvo su problema gastrointestinal del curso pasado, en la primera hora de clase se tiraron rollos de papel higiénico alrededor de su mesa, Fulgencio cogió dos rollos del váter y se los puso encima de la mesa. Cuando apareció la profesora preguntó quién los había tirado y Alejo indicó que José Francisco, por lo que la profesora ordenó al mismo y a los que estaban a su lado que los recogieran.

En un cambio de clase, Alejo volvió a increpar y agredir a José Francisco, metiéndose en medio Emma, a quien José Francisco le dijo que no iba el asunto con ella, pero Emma le propinó a José Francisco una torta en la cara, a continuación Alejo, Carmelo y Desiderio también pegaron puñetazos e insultaron a José Francisco.

José Francisco no se defendía de estas agresiones e insultos.

Los días 16 y 17 de septiembre José Francisco decide no acudir a clase.

El día 27 de septiembre la Jefa de Estudios del Instituto Talaia, D.^a Mónica, se encuentra en el recreo repartiendo entre los alumnos hojas informativas relativas a vacunas y funcionamiento del comedor y pregunta si falta algún alumno, recibiendo la respuesta, de que está ausente José Francisco. Decide llamar a la madre para saber cuál es la causa y ésta le manifiesta su desconocimiento, ya que José Francisco entraba y salía en casa a las horas habituales por lo que no supuso su falta a la ikastola. La jefa de estudios habla por teléfono con el menor, pero éste se niega a contarle lo sucedido.

D.^a Nicolasa pregunta a su hijo lo sucedido y tras varios requerimientos le dice que sus amigos Alejo, Aureliano, Carmelo, Desiderio, Eulalio, Fulgencio, Hipólito le pegan e insultaban y es el motivo por el que no quiere acudir al colegio. La Jefa de estudios vuelve a llamar el sábado por teléfono a la madre de José Francisco a casa y recibe esta información, así como que también se habían puesto los hechos en conocimiento de los padres de algunos de estos alumnos.

El lunes día 20 de septiembre, la Jefa de estudios y la orientadora educativa hablan con estos siete chicos, quienes reconocen su participación. Interrogando igualmente a la menor

Emma, por pertenecer a la cuadrilla, quien admite su intervención. Este nombre es facilitado a la señora Nicolasa por D.^a Mónica en una nueva conversación telefónica efectuada al mediodía. En la misma la Jefa de estudios conoce que los padres de José Francisco habían tenido una reunión con los padres de algunos chicos y es requerida por la señora Nicolasa para que vea los hematomas que José Francisco presentaba por el cuerpo, quedando ambas de acuerdo en celebrar una reunión con todos los padres el martes a las 8:30 horas y momentos antes ver al menor.

El martes día 20 de septiembre a las 8:00 horas la señora Mónica recibe una llamada de Nicolasa para comunicarle que su hijo no estaba en casa, ignorando su paradero, pese a que había estado la noche anterior tranquilo y sin problemas.

Por la tarde se efectúa la reunión con los padres de José Francisco y el resto de los menores, donde hay enfrentamientos verbales por ambas partes.

A las 18:50 horas del día 21 de septiembre aparece el cuerpo de José Francisco al pie de las murallas de la localidad de Hondarribia desde donde se había precipitado, señalándose como data del óbito alrededor de las 7:00 horas de este día.

A los ocho menores se les abrió un expediente disciplinario que concluyó con una sanción de expulsión del Instituto Talaia por siete días, si bien, hasta la fecha no han reingresado al mismo y han recibido apoyo escolar en el domicilio durante dos horas al día.

Emma y Fulgencio cambiaron de residencia y centro escolar.

En el informe de autopsia se describen las siguientes lesiones «área equimótica de tonalidad amarillenta y bordes difuminados, no figurada, de 7 x 3 cm, situada en región pectoral izquierda; áreas equimóticas de tamaño comprendido entre 2 y 4 cm, de igual tonalidad, no figuradas, en cara externa de hombro y brazo izquierdo; áreas equimóticas de tonalidad amarillenta, no figuradas de 4, 3 y 2 cm situadas en la cara anterior y externa de hombro derecho; equimosis no figurada de 2 cm, de tonalidad amarillenta, en región abdominal derecha; equimosis no figurada, de

1,5 cm, de tonalidad amarillenta, en pierna izquierda».

Se establecen como consideraciones médico-legales «en atención a los antecedentes referidos, en las lesiones descritas en el informe de autopsia, aquellas que se han definido como áreas equimóticas o equimosos de tonalidad amarillenta se constituyen en lesiones previas al momento de la muerte, toda vez que las mismas implican la degradación de la hemoglobina en infiltraciones laminares de sangre. Resulta comprometido afirmar un período o datación de las mismas, por la influencia de numerosos factores en su evolución, pero podremos aproximar un período de 8-10 días».

José Francisco sufrió, como efecto de la conducta desplegada por Alejo, Desiderio, Carmelo, Fulgencio, Aureliano, Eulalio y Hipólito, un trastorno disociativo que provocó una reacción depresiva aguda, cuya evaluación y alivio hubiera precisado una terapia, dirigida por un psiquiatra, para implementar las estrategias de afrontamiento precisas para integrar emocionalmente la traumática experiencia vivida en su biografía vital.

La jurisprudencia ha consolidado una doctrina que puede concretarse en tres puntos:

a) Existencia de un daño real y efectivo, económicamente evaluable e individualizado en relación con una persona o grupo de personas y que sea antijurídico, es decir, que quien lo sufra no tenga el deber jurídico de soportarlo.

b) Que ese daño sea consecuencia de una acción u omisión imputable a una Administración Pública, debiendo concurrir una relación de causalidad inmediata, directa y exclusiva entre esa actuación u omisión administrativa y el daño producido, sin que concorra ninguna interferencia extraña que altere el nexo causal como puede ser la conducta del propio perjudicado, la acción de un tercero ajeno a la organización administrativa o la existencia de fuerza mayor.

c) Que la acción de reclamación se ejercite en el plazo de un año desde que se produjo el hecho o acto que motive la indemnización o se manifieste un efecto lesivo; no obstante, en el caso de daños de carácter físico o psíquico en personas, el plazo empezará a computarse desde

la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Que, partiendo de las premisas de hecho y de derecho recogidas en los anteriores fundamentos jurídicos, pasaremos al enjuiciamiento del fondo del asunto, comenzando por la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública, que se ejercita en el escrito de demanda.

La acción se basa en considerar que no fueron adoptadas todas las medidas conducentes a la evitación de un daño tan grave como un suicidio, siendo la causa desencadenante el hecho de José Francisco fuera vejado y agredido en múltiples ocasiones, radicando la exigible relación de causalidad en la falta de atención o vigilancia de los menores por parte del personal educativo.

Que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 15 de julio de 2005, en los hechos probados, se hacen las siguientes referencias a la actuación de la Administración demandada:

a) Que el 15 de septiembre de 2003, coincidiendo con el primer día del curso escolar, José Francisco se sintió indispuesto por un problema intestinal que provocó una defecación involuntaria en la clase. Este hecho motivó que los días siguientes, dos semanas aproximadamente, recibiera burlas e insultos de sus compañeros. Si bien la situación se zanjó tras la conversación que se mantuvo entre los alumnos y la Jefa de Estudios, quien también puso los hechos en conocimiento de José Francisco para que hubiera contactos si se observaban anomalías al respecto. El resto del curso transcurrió sin problemas.

b) El 13 de septiembre comienza el primer día del curso académico 2004-2005, aprovechando un cambio de clases donde no había profesorado, Alejo se dirigió a José Francisco para pedirle explicaciones del verano, le insultó y le pegó un puñetazo en la cara que le originó una herida sangrante en la boca como consecuencia del aparato de ortodoncia que portaba. Lo mismo hicieron el resto del grupo, tanto los que estaban en la misma aula, fundamentalmente Carmelo e Desiderio, como en diferentes (Hipólito, Eulalio o Fulgencio) pues aprovechan los términos de las clases para acudir donde estaba

José Francisco y tras insultarle (chivato, cagón) le propinaban empujones y chetas (cachetes con la mano en la cabeza). Esto lo hacían dos o tres veces al día. Para evitar se vistos por los profesores, Aureliano vigilaba para que nadie se acercara y en otras ocasiones Desiderio.

c) El día 14 de septiembre, en un cambio de clase, José Francisco acudió a ver a una persona a la clase de Fulgencio. Al ser visto por éste, se le acercó y le dijo «tú, qué haces en esta clase que la vas a contaminar», le dio un empujón empotrándolo contra el paraguero donde recibió patadas en las piernas y golpes en los hombros y abdomen de la mano de él, de Alejo y Carmelo. Este último fue visto cuando propinaba una patada por la espalda a José Francisco que se encontraba en clase, de espaldas y sin posibilidad de reaccionar contra el golpe que iba a recibir,

Este mismo día en clase de gimnasia se efectuaba un juego denominado «campo quemado» donde, formados los equipos, uno elimina a otro a base de darle con el balón. Esta circunstancia fue aprovechada por Fulgencio y Carmelo para pegar más balonazos a José Francisco. Asimismo, se unieron el resto de chicos del grupo que estaban en su clase, hasta que José Francisco abandonó el gimnasio.

d) El día 15 de septiembre, coincidiendo con la fecha en que José Francisco tuvo su problema gastrointestinal el curso pasado, en la primera hora de clase se tiraron rollos de papel higiénico alrededor de su mesa, Fulgencio cogió dos rollos de váter y se los puso encima de la mesa. Cuando apareció la profesora preguntó quién los había tirado y Alejo indicó que José Francisco, por lo que la profesora ordenó al mismo y a los que estaban a su lado que los recogieran.

En un cambio de clase, Alejo volvió a increpar y agredir a José Francisco, metiéndose en medio Emma, a quien José Francisco le dijo que no iba el asunto con ella, pero Emma le propinó a José Francisco una torta en la cara y, a continuación, Alejo, Carmelo y Desiderio también pegaron puñetazos e insultaron a José Francisco.

José Francisco no se defendía de estas agresiones e insultos.

f) El día 17 de septiembre la Jefa de Estudios del Instituto Talaia, D.^a Mónica, se encuentra en el recreo repartiendo entre los alumnos hojas informativas relativas a vacunas y funcionamiento del comedor y pregunta si falta algún alumno, recibiendo la respuesta de que está ausente José Francisco. Decide llamar a la madre para saber cuál es la causa y ésta le manifiesta su desconocimiento, ya que José Francisco entraba y salía en casa a las horas habituales por lo que no supuso su falta a la ikastola. La jefa de estudios habla por teléfono con el menor, pero éste se niega a contarle lo sucedido.

D.^a Nicolasa pregunta a su hijo lo sucedido y tras varios requerimientos le dice que sus amigos Alejo, Aureliano, Carmelo, Desiderio, Eulalio, Fulgencio, Hipólito le pegan e insultaban y es el motivo por el que no quiere acudir al colegio. La Jefa de estudios vuelve a llamar el sábado por teléfono a la madre de José Francisco a casa y recibe esta información, así como que también se habían puesto los hechos en conocimiento de los padres de algunos de estos alumnos.

El lunes día 20 de septiembre, la Jefa de estudios y la orientadora educativa hablan con estos siete chicos, quienes reconocen su participación. Interrogando igualmente a la menor Emma, por pertenecer a la cuadrilla, quien admite su intervención. Este nombre es facilitado a la señora Nicolasa por D.^a Mónica en una nueva conversación telefónica efectuada al mediodía. En la misma la Jefa de estudios conoce que los padres de José Francisco habían tenido una reunión con los padres de algunos chicos y es requerida por la señora Nicolasa para que vea los hematomas que José Francisco presentaba por el cuerpo, quedando ambas de acuerdo en celebrar una reunión con todos los padres el martes a las 8:30 horas y momentos antes ver al menor.

El martes día 20 de septiembre a las 8:00 horas la señora Mónica recibe una llamada de Nicolasa para comunicarle que su hijo no estaba en casa, ignorando su paradero, pese a que había estado la noche anterior tranquilo y sin problemas.

Por la tarde se efectúa la reunión con los padres de José Francisco y el resto de los menores, donde hay enfrentamientos verbales por ambas partes.

A las 18:50 horas del día 21 de septiembre aparece el cuerpo de José Francisco al pie de las

murallas de la localidad de Hondarribia desde donde se había precipitado, señalándose como data del óbito alrededor de las 7:00 horas de este día.

g) A los ocho menores se les abrió un expediente disciplinario que concluyó con una sanción de expulsión del instituto Talaia por siete días, si bien, hasta la fecha no han reingresado al mismo y han recibido apoyo escolar en el domicilio durante dos horas al día.

Emma y Fulgencio cambiaron de residencia y centro escolar.

Que, partiendo de estos hechos, que se producen en el centro escolar, resulta claro afirmar que el alumno José Francisco sufrió agresiones y vejaciones por parte de una serie de compañeros de clase que, a su vez, eran los miembros de su cuadrilla de amigos.

Ha de tenerse presente que cualquier efecto dañoso que se producía en su centro escolar no conlleva necesaria y automáticamente el deber de declarar la responsabilidad de la Administración, sino que para ello es necesario que se den, en el supuesto de que se trate, todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos (incluido el correspondiente nexo causal). Asimismo, añadiremos que la tendencia a una objetivación propia del instituto de la responsabilidad no puede, sin embargo, llegar a concebir el servicio público como el centro de imputación automática de cualesquiera hechos que acaezcan en el área material de aquél, ni pueden tampoco elevar la debida diligencia de los servidores públicos a un cuidado total sobre las personas que se encuentran en el recinto del servicio y de las conductas, de tipo que sean, que aquéllos desarrollen dentro de él.

Siendo de aplicación en la concurrencia del nexo causal, la teoría de la causalidad adecuada, ésta puede definirse (así sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1995) como que «la concurrencia del daño sea de esperar en la esfera del curso normal, es necesario que la causa del daño resulte normalmente idónea para determinar el resultado, atendiendo a las circunstancias del caso».

A efectos de valorar las conductas susceptibles de determinar responsabilidades por negligencia, es decir, «culpa in vigilando, in eligendo

o in organizando», por parte del IES Talaia BHI (Equipo Directivo, Profesores de 4.º de la ESO y Profesores de Guardia), hemos de partir, en base a los hechos recogidos anteriormente derivados de decisiones de la jurisdicción penal, de que cuando José Francisco fue agredido en el interior del Instituto, las mismas tuvieron lugar fundamentalmente en los intervalos de clase, es decir, con ausencia de profesores en el aula, no siendo testigo de ello ningún profesor ni de forma directa ni indirecta, sin que nadie lo revelara.

Lo cierto es que la Sala considera que la actuación de los responsables del centro fue absolutamente diligente.

Así, el 13 de septiembre fue el primer día del curso académico, produciéndose un incidente, ya relatado durante un cambio de clase.

Al día siguiente (14 de septiembre), se produce un nuevo incidente, también antes relatado y también durante un cambio de clase.

El 15 de septiembre se producen burlas y agresiones a José Francisco, quien decide no ir a clase los días 16 y 17 de septiembre.

El día 17 de septiembre, la Jefa de Estudios tuvo conocimiento de la ausencia de José Francisco y comenzó a actuar. De hecho, habla por teléfono con el menor quien se niega a contarle lo sucedido y habla con su madre, que desconocía las ausencias de José Francisco. Finalmente, José Francisco acaba comentando a su madre lo que le sucede.

La Jefa de Estudios llega a llamar por teléfono el sábado a la madre de José Francisco, quien le informa de lo sucedido.

Ante ello, el lunes 20 de septiembre, la Jefa de Estudios y la Orientadora hablan con los siete chicos que reconocen su participación.

Se acuerda así celebrar una reunión con todos los padres el martes a las 8:30 horas. Este martes (21 de septiembre) la Jefa de Estudios recibe una llamada de la madre de José Francisco, señalándole que su hijo no estaba en casa y no conocía su paradero.

Finalmente, la reunión con los menores y los padres de José Francisco se celebra la tarde de ese día.

En cualquier caso, José Francisco había fallecido sobre las 7:00 horas del 21 de septiembre.

A los ocho menores se les abrió expedientes disciplinarios que concluyeron con sanciones de expulsión.

Con ello, ha de concluirse que desde el primer suceso (el día 13 de septiembre) hasta que se produce la reacción, lógica, de la Jefa de Estudios, apenas transcurren 4 días y tal actuación comienza desde el mismo momento que se tiene noticias del problema.

De ahí que la Sala considera totalmente diligente la actuación del centro escolar, habiéndose de tener en cuenta que los problemas de José Francisco no se producen sólo, ni siquiera fundamentalmente en el centro, sino también fuera de él, como ya se ha indicado al recoger los hechos declarados probados por la jurisdicción penal.

Todo ello lleva a que la Sala pueda afirmar que no existe nexo causal entre la actuación de la Administración demandada y el trágico final de José Francisco, por lo que la pretensión de responsabilidad patrimonial deducida en el escrito de demanda no podrá prosperar.

Que en el escrito de demanda se solicita también la condena de los padres de los menores implicados en el acoso sufrido por José Francisco, tanto fuera como dentro del centro escolar.

La demanda tiene su base en el artículo 1903 CC que establece que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda».

La primera consideración que debemos realizar en relación con esta acción se refiere a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para su enjuiciamiento. En este sentido, ha de partirse del artículo 2.e) de la Ley 29/1998 que establece la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de: «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

Se trata de un precepto que tiene por objeto evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», procediendo a unificar, en este caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa todos los procesos que se interpongan frente a alguna Administración Pública, aun cuando también se demande a particulares, que pueden también ser condenados, si procede, en este orden jurisdiccional.

OCTAVO.—Que, sentado lo anterior, en la demanda, tal y como hemos indicado parte del contenido del artículo 1903 CC, antes citado, en relación con el artículo 1902 CC, así como también de un párrafo que resulta revelado de la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 15 de julio de 2005, y que es el siguiente: «la estructura familiar se ha revelado como un ámbito insuficiente para servir de marco de contención de los menores (vertiente preventiva) e inadecuado para transmitir un expícito mensaje de “responsabilización” de los menores por la conducta de grave afección de la dignidad y la salud mental de José Francisco protagonizada (vertiente reactiva)».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por otra parte, ha venido destacando (así, Sentencia de 24 de enero de 2002) que la interpretación progresiva del artículo 1902 CC ha pasado de la necesidad de la prueba de la culpa a la inversión de la carga de la prueba y a una creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo o yendo a soluciones cuasi objetivas.

Lo cierto es que cabe imputar a los padres por los daños causados por los hijos, en base a lo expuesto con anterioridad en el artículo 1903 CC y, por otra parte, esta Sala hace suyo el párrafo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 15 de julio de 2005, al que antes hicimos alusión.

De ahí que los padres de los acosadores sean condenados civilmente a responder por lo realizado por sus hijos, hechos recogidos en la sentencia antedicha y en el fundamento jurídico 2.º de la presente.

Desde el punto de vista de la indemnización que se fijará en favor de los padres de José Francisco, no cabe imputarles su suicidio por cuanto que fueron absueltos de ese cargo en vía penal. Ahora bien, sí se les imputará el daño moral generado a José Francisco con sus acciones de acoso moral. Se trata, en realidad de un daño moral a percibir por los padres de aquél, como sus herederos.

Se tratará de los condenados en el proceso penal como autores de un delito contra la integridad moral (Alejo, Desiderio, Fulgencio, Carmelo, Aureliano, Eulalio e Hipólito), respondiendo civilmente sus padres.

La Sala, dada la gravedad de los hechos y del acoso sufrido por José Francisco, considera prudencial la suma de 10.000 euros por cada uno de los menores implicados.

ALIMENTOS

Se estima el recurso por infracción procesal y casación toda vez que, aunque los hijos conviven con la madre, la pensión alimenticia que abona el padre debe comprender un capítulo para el pago de los conceptos básicos como luz, gas, etc., y según el nivel de vida otros servicios, no pudiendo incluirse dichos conceptos dentro de la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa que tiene otras funciones diferentes.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Es reiterada la jurisprudencia —SSTS, Sala 1.ª, de 9 de mayo de 2005, 17 de julio de 2006, 4 de diciembre de 2007, 2 de julio de 2009, 30 de

septiembre de 2009, 6 de noviembre de 2009, 26 de octubre de 2010 y 23 de diciembre de 2010, entre otras, así como esta Sala en SSTS-

JC 4/2011, de 31 de enero y 15/2011, de 14 de marzo, entre las más recientes— que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho de tutela judicial efectiva o bien por la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función del juzgador de instancia y ajena al recurso extraordinario por infracción procesal, añadiéndose que sólo en caso de que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro del artículo 469. 1 LEC; pero nunca puede encauzarse por este recurso una nueva valoración de la prueba y tampoco resulta posible mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia.

El motivo planteado por la recurrente se centra en la denuncia de un error en la valoración de las necesidades de los alimentistas, los tres hijos del matrimonio, que, a su entender, resultan manifiestamente insuficientes para lo cual tras reseñar las cantidades que ha fijado la sentencia recurrida, a saber, 1.000 euros para cada uno de los dos hijos: Jorge y Claudia, y 2.000 euros, para Ignacio, teniendo en cuenta los gastos del domicilio conyugal estimados por la sentencia recurrida en 2.200 euros mensuales, resultan las citadas pensiones totalmente improcedentes, afirmando que para computar la totalidad de los gastos deben tenerse presente las documentales presentadas con la demanda y numeradas con los ordinales 29 bis, 30, 31 bis, 32, 36 y 37 y 40 así como otras documentales como las núms. 38 y 39 de la vista de divorcio; reseñándose, seguidamente, que las necesidades fijadas para los hijos son incluso inferiores a las reconocidas por la contraparte en su escrito de contestación.

Por tanto, lo que se cuestiona no es la valoración de la prueba practicada sino el cómputo de las necesidades y su cuantificación teniendo

en cuenta las documentales practicadas, lo que no corresponde examinar en sede de infracción procesal cuando lo cuestionado es o bien la inclusión o no de un concepto dentro del derecho de alimentos, a saber las derivadas de una vivienda para los hijos, o la proporcionalidad entre el cuantioso patrimonio del alimentante y las necesidades de los alimentistas si dentro de las mismas ha de incardinarse las derivadas de la vivienda, por lo cual, procede rechazar dicha arbitrariedad en la valoración de la prueba. No se ha justificado y tampoco pueden acogerse que determinadas cuestiones puntuales bien referidas a comida o ropa no se incluyan en los alimentos o lo hagan en forma muy parca pues la recurrente, para su cómputo, parte de la inclusión de los gastos derivados de vivienda, parámetro que se niega en la sentencia recurrida al establecer que debe sufragarlos la Sra. Pilar, extremo, por otra parte, que constituye la cuestión nuclear de la infracción sustantiva que seguidamente analizamos.

Sin embargo, se aprecia, en cambio, un evidente y palmario error en la fijación de la cuantía a que ascienden los gastos ordinarios de la vivienda que la sentencia recurrida los fija en 2.200 euros cuando es un hecho reconocido incluso por el Sr. José Enrique que su monto es de 2.500 euros.

Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso extraordinario de infracción en este extremo, con desestimación del resto de las peticiones deducidas en dicho recurso.

En el primer y segundo motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los artículos 264 y 267 en relación con el artículo 76.1.c) del Código de Familia de Cataluña (en adelante, CF) alegándose por la recurrente, en síntesis, que:

a) La supresión de la obligación a cargo del padre del pago de los gastos derivados del domicilio familiar, gastos de indudable carácter alimenticio, se ha fundamentado con base en su inclusión en la pensión compensatoria y compensación por razón del trabajo que ha sido establecida a favor de la Sra. Pilar y ello no se corresponde con lo dispuesto en los artículos 264 y 267 CF, y

b) El binomio necesidad-posibilidad se conculca en el caso examinado, puesto que no son tenidas en cuenta las necesidades de los hijos frente al cuantioso patrimonio del progenitor que debe prestarlos, máxime si lo que se pretende es que «... sea factible que madre e hijos puedan seguir viviendo en la casa en que residen, seguir utilizando por el momento los mismos vehículos, que los hijos continúen en el mismo colegio...».

El artículo 264 CF dispone lo que debe entenderse por alimentos, es decir, su contenido, y el artículo 267 CF, como hemos declarado reiteradamente (SSTC 12/2005, de 24 de febrero, 33/2005, de 5 de septiembre y 20/2007, de 30 de mayo, 41/2008, de 11 diciembre, 44/2010, de 20 de diciembre, entre otras), establece que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de alimentistas y a los medios económicos y posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que debe considerar el binomio «necesidad» de quien ha de recibirlos y «posibilidad» de quien deba satisfacerlos, por lo cual, en cada caso concreto se habrán de ponderar ambos factores teniendo en cuenta, por lo que afecta al obligado, a los recursos propios, sus posibilidades, medios económicos e incluso las rentas y su patrimonio, como se desprende de los 265, 267.1 y 271.b) CF.

Los dispendios ordinarios derivados de la utilización de la vivienda familiar ascienden a 2.500 euros, conforme hemos señalado, que según dispone la resolución recurrida son a cargo de la madre, en su totalidad. Y si bien ello es así pues es la titular del uso, en cambio, no resulta correcto que dentro del concepto de alimentos de los hijos no se fije ninguna cantidad por este particular. Nótese que el artículo 264 CF dentro del contenido de los alimentos enumera a título de *numerus apertus* lo que sea indispensable para su mantenimiento, y más concretamente los gastos de vivienda, asistencia médica, formación o vestido. Aun cuando resulta acertado establecer que si el acreedor del derecho de uso dispone de una vivienda los gastos ordinarios de la misma serán de su cuenta, resulta que, en el caso examinado, los tres hijos conviven con la madre a quien se le ha atribuido el uso

del domicilio y ello genera un gasto alimenticio por diversos conceptos básicos como pueden ser luz, gas, electricidad y según el nivel de vida otros servicios que, necesariamente, deben tener su adecuado reflejo en la pensión alimenticia sin que sea procedente rechazarlos o fijarlos, en su caso, dentro de la pensión compensatoria que tiene otras funciones diferentes y diferenciadas.

Por otra parte, la posible revisión casacional de dicho contenido o del binomio entre «necesidad» de quien ha de recibirlos y «posibilidad» de quien deba satisfacerlos o su valoración solamente puede realizarse cuando haya sido ilógica, lo que sucede en el presente supuesto en tanto que (a) No se han computado los gastos de vivienda dentro del concepto de alimentos, con independencia, insistimos que, en definitiva, haya de sufragarlos la persona a quien se le atribuya la vivienda, y (b) Las posibilidades del progenitor no por ello se ven mermadas si tenemos presente su cuantioso patrimonio frente a la menor capacidad de la madre que carece, prácticamente del mismo, por lo cual, deben incrementarse las pensiones alimenticias de los hijos en la cuantía de 625 euros que se corresponde con las partes de los gastos de la vivienda que ascienden a 2.500 euros, quedando fijados en 1.625 euros mensuales, para Claudia y Jorge y en 2.625 euros, para Ignacio, que deberán satisfacerse desde la solicitud —artículo 262 CF—.

En relación con los demás gastos resulta acertada la distribución que realiza la sentencia recurrida teniendo en cuenta las precedentes sumas fijadas y por ello los gastos de sanidad (no cubiertos por la Mutua privada o Seguridad Social) son satisfechos íntegramente por el padre, extremo no impugnado en el recurso, mientras que los extraescolares o complementarios, pues los ordinarios escolares quedan cubiertos por las sumas reseñadas, se distribuyen al 50% si bien precisarán el consentimiento de los padres resolviendo el órgano judicial las discrepancias.

Por lo expuesto, ha de estimarse parcialmente el recurso de casación deducido por la Sra. Pilar.

VIVIENDA FAMILIAR

Nulidad de la hipoteca constituida por el esposo sobre la vivienda familiar para garantizar un préstamo de un hijo fruto de un matrimonio anterior, al no constar el consentimiento del cónyuge no titular.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Eugènia Alegret Burgués**

En el primer motivo del recurso de casación, sin la debida claridad, precisión y separación de argumentos en relación con los distintos apartados que contiene del artículo 9 del Código de Familia, lo que de por sí ya debería comportar la inadmisión del motivo —el artículo 1320 del CC no fue denunciado como infringido en el escrito de preparación y además no fue aplicado ni resulta de aplicación según indicamos en la STSJ de 28 de febrero de 2008— se da a entender, en primer lugar, que la Sentencia ha dispensado un blindaje total a la vivienda familiar en contra de la seguridad del tráfico lo que resultaría contrario a lo consignado en la STSJ de 28 de febrero de 2008 que así mismo cita; que la nulidad no produce ningún beneficio a la Sra. Susana en tanto que como heredera que ahora es de su esposo ha adquirido todos sus bienes y también sus obligaciones entre ellas, según su criterio, las derivadas de los préstamos hipotecarios; que el negocio jurídico fue a título oneroso por garantizar un contrato de préstamo con interés y que la Sentencia ha declarado una nulidad radical siendo como es un caso de anulabilidad que requería la existencia de una actuación fraudulenta por parte del Banco en complicidad con el hipotecante, siendo este último el que actuó de mala fe al faltar a la verdad por dos veces sobre su estado civil y la condición de familiar de la vivienda hipotecada.

Analizaremos estas alegaciones en el marco del sistema de protección de la vivienda familiar establecido en el Código de Familia.

La protección de la vivienda familiar, como elemento de soporte y estabilidad de la propia familia, empieza en el año 1981 cuando la Ley 11, de 13 de mayo, introduce, entre otros, el artículo 1320 en el Código Civil de 1889 por el

que se establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Este principio protector se recogió en el CC como régimen económico primario —aplicable fuese cual fuese el régimen económico que rigiese el matrimonio— para adaptar la legislación a la Constitución de 1978 y a los principios de protección a la familia derivados de la misma.

Este tipo de disposiciones reflejan la preocupación del legislador por solucionar el derecho a la vivienda con carácter general y particularmente por adaptar la regulación del mismo a las necesidades e intereses del individuo en su grupo familiar. Se pretende armonizar el derecho personal a la vivienda que corresponde a los miembros de la familia particularmente de los cónyuges con los intereses que uno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda con el fin de evitar que el cónyuge con una posición jurídica más fuerte pudiese dejar sin hogar al más débil por actos de disposición no consentidos por ambos, incluso en situaciones de normalidad matrimonial.

En el derecho catalán se introdujo la acción de anulabilidad a través del artículo 9 de la Compilación, según reforma efectuada por Llei 8/1993, de 30 de septiembre, viniéndose a resolver las dudas suscitadas por la eventualidad de la aplicación en Catalunya del artículo 1320 CC. Con la promulgación del Codi de Família por Llei 9/1998, de 15 de julio, quedó definitivamente configurado el principio por el también artículo 9, en forma detallada y completa, disponiéndose en su apartado primero que, con in-

dependencia de cual sea el régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro o, en su defecto, sin la autorización judicial producida por razones de interés de la familia o por otra causa justa, no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, gravamen o, en general, de disposición de su derecho en la vivienda familiar o en los muebles de uso ordinario que comprometa el uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. El acto efectuado en contravención a esta exigencia de consentimiento o autorización es anulable a instancia del otro cónyuge o de los hijos menores que convivan en la vivienda en el término de cuatro años.

Sin embargo esta protección no fue establecida en forma plena ya que, de un lado, quedó limitada a los actos de naturaleza dispositiva realizados por uno de los cónyuges y, de otro, otorgó en el párrafo 3.º una especial protección a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso siempre que el disponente hubiese realizado formal declaración de no constituir el inmueble domicilio familiar («... el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda familiar, aunque sea manifestación inexacta»). En estos casos prevalece el principio en la seguridad del tráfico sobre el de protección de la vivienda familiar. Valga decir, no obstante, que para que la excepción a la nulidad como regla general pueda operar, es necesario que concurren acumuladamente los tres requisitos, esto es, que el adquirente lo haga a título oneroso, de buena fe y que, además, el transmitente manifestase en forma expresa que la vivienda no es la de la familia. O dicho de otro modo, la buena fe no puede sustentarse únicamente en la declaración inexacta del transmitente.

La Sentencia combatida no ha dado a la vivienda conyugal, posteriormente hipotecada por la sola voluntad del esposo, carácter inextinguible sino que se ha limitado a aplicar la norma que permite que los actos dispositivos unilaterales que puedan comportar una eventual pérdida de la vivienda —los de gravamen sobre estar expresamente contemplados en el artículo 9 CF a diferencia del artículo 1320 CC tienen carácter de actos de disposición según reiterada jurisprudencia— sean anulados a instancia de la esposa.

El caso nada tiene que ver con el resuelto en la Sentencia TSJC de 28 de febrero de 2008 por cuanto en aquélla lo que se pretendía era subsumir el embargo entre los actos de disposición anulables, lo que no fue aceptado por no poder ser interpretado el artículo 9 del CF en forma extensiva.

Tampoco se comparte que el acto de disposición realizado no perjudique los intereses de la Sra. Susana por haber fallecido el esposo posteriormente y haber heredado la vivienda, puesto que, no combatida la legitimación activa de la demandante, lo cierto es que, por un lado, el perjuicio se presume y por otro es real cuando con el ejercicio de la acción hipotecaria —ya iniciada por la entidad recurrente— se incide directamente sobre la vivienda, con el fin de hacer efectiva, con su venta, la total satisfacción del crédito garantizado.

Sin perjuicio de que no es éste el procedimiento adecuado para establecer las responsabilidades de la Sra. Susana en relación con el préstamo concedido al hijo del Sr. Juan Ignacio, lo cierto es que en relación con el primero —no así respecto del segundo en la que el hipotecante se constituyó en fiador solidario del hijo— la única vinculación de la vivienda con la operación crediticia se deriva precisamente de la constitución de la hipoteca, de lo que se infiere que su liberación beneficia a la Sra. Susana al no tener que responder ya de las obligaciones del préstamo, y también se protege la vivienda familiar liberando la vivienda de la segunda hipoteca por más que el afianzamiento solidario realizado por su causante pueda comportar una responsabilidad patrimonial general de la Sra. Susana ex artículo 1911 del CC, que le permitiría hacer uso de otros bienes para pagar la deuda, sin sujeción directa por tanto de la misma para la satisfacción del préstamo.

Tampoco pueden ser acogidas las restantes alegaciones del recurrente contenidas en el motivo del recurso de casación analizado.

La Sentencia declara que la hipoteca fue constituida a título gratuito por el difunto Sr. Juan Ignacio al garantizar una eventual deuda ajena.

La constitución de la hipoteca debe considerarse gratuita cuando quien la presta se expone

a un riesgo —la reclamación del acreedor contra un determinado bien— sin retribución u otra contraprestación sea dada por el acreedor o bien por el principal obligado, o bien sin la obtención de un beneficio directo o indirecto en función de las relaciones económicas o intereses de esta índole que tenga el garante en el negocio.

De esta forma puede decirse, con carácter general, que la gratuidad u onerosidad no depende de como sea la obligación garantizada ya que se trata de dos actos o negocios jurídicos diferentes. La constitución de la hipoteca asegura por medio de una acción real el cumplimiento de la obligación asumida por el prestatario sin perjuicio de la responsabilidad universal del deudor derivada del artículo 1911 CC. Se trata pues de reforzar la posición jurídica del acreedor constituyendo un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad.

La accesoriedad significa que el derecho subordinado —en este caso la hipoteca— depende en cuanto a su existencia y su subsistencia del derecho principal —el préstamo— pero no que se trate de negocios jurídicos iguales (artículo 1823 CC).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente el carácter oneroso de la hipoteca concedida por el dueño de los bienes para hacer frente a préstamos bancarios a él concedidos así en las SSTs de 17 de octubre de 1989, 29 de enero y 20 de noviembre de 1997.

Por el contrario también ha declarado —SSTs de 24 de mayo de 2005, 8 de marzo de 2010 y 13 de diciembre de 2010— el carácter gratuito de la concedida en garantía de una deuda ajena al no resultar beneficiado de la constitución del gravamen el disponente y sí por el contrario favorecido con ella el prestamista que sin contraprestación alguna directa ni indirecta al hipotecante —al menos nada se ha alegado en este caso en tal sentido— se ha visto beneficiado con una garantía de efectividad real.

Y en relación con la supuesta connivencia de la entidad bancaria en el fraude perpetrado por el Sr. Juan Ignacio que manifestó hallarse judicialmente separado y que la vivienda no constituía vivienda familiar, indicar, únicamente, que sentado que el negocio fue gratuito, ninguna trascendencia tiene como antes hemos

advertido, la cuestión relativa a la buena o mala fe de la entidad bancaria, pero que en todo caso esta última la residencia la Audiencia —el juzgado no se pronunció coherentemente al respecto— en la falta de diligencia en la averiguación de ciertos datos que surgían de la certificación catastral.

Al respecto hay que tener en cuenta, como se razonaba en la STS de 7 de diciembre de 2004, que si bien la buena fe consiste en un estado psicológico determinado por el desconocimiento o equivocado conocimiento de la realidad (SS de 16 de marzo de 1981, 10 de febrero de 1983 y 6 de febrero de 1984) y, más concretamente en un error del adquirente acerca de la disponibilidad del derecho por parte del transmitente, no es menos cierto que ese estado psicológico tiene también un componente objetivo consistente en el comportamiento exigible según el modelo socialmente admitido y, en definitiva, en la diligencia con la que ha de actuar el sujeto para merecer amparo del ordenamiento y para que, en el conflicto suscitado, prevalezcan sus intereses. La buena fe obliga por tanto al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente (STS de 30 de enero de 1060).

SÉPTIMO.—En el segundo motivo del recurso de casación se cita en el escrito de interposición como vulnerados «el artículo 111-7 en relación con los artículos 111-1; 111-2, y 111-9 del libro 1.º del CCCat, en referencia a la buena fe de las partes y la accesoriedad de la hipoteca en concordancia con el artículo 1528 y 1857.1.º del CC ello respecto de la onerosidad del préstamo, artículo 1740 del CC».

Pues bien el motivo se encuentra deficientemente formulado, pues: a) se citan preceptos heterogéneos (ATS por todos de 17 de julio de 2007); b) tanto en el enunciado como después se dicen vulnerados preceptos que no se habían denunciado como tales en el escrito de preparación del recurso de casación, lo que no resulta admisible (ATS de 15 de enero de 2008 o 5 de febrero de 2008 entre otros muchos...); c) no se relacionan en párrafos separados cada una de las supuestas infracciones de los artículos del Libro

primero del CCCat que constaban en el escrito preparatorio.

Cabe recordar al efecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que en Auto de 17 de julio de 2007 ha declarado que «... constituye inobservancia del mismo la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, o el confusiónismo en su exposición, que puede venir dado por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos (SSTS de 29 de junio de 1993, 21 de julio de 1993, 11 de marzo de 1996, 28 de mayo de 1996, 22 de enero de 1997, 26 de febrero de 1999, 16 de marzo de 1999, 25 de enero de 2000 y 23 de febrero de 2000), por la mezcla indiscriminada de cuestiones de hecho (ahora ajenas al recurso de casación y propias del extraordinario por infracción procesal), u otras procesales, y de derecho en un mismo motivo (SSTS de 27 de noviembre de 1991, 27 de febrero de 1992, 22 de octubre de 1992, 29 de junio de 1993, 12 de septiembre de 1996, 18 de abril de 1997, 11 de mayo de 2000 y 29 de mayo de 2000) o, en fin, por la falta de separación entre los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación (SSTS de 9 de diciembre de 1994, 17 de noviembre de 1995 y 6 de octubre de 2000), doctrina que bajo el nuevo régimen de la casación ha de aplicarse al desarrollo en la interposición de cada una de las infracciones legales expresadas en el escrito de preparación, siendo igualmente doctrina constante y reiterada de esta Sala que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ajena a lo que sería una tercera instancia, no permite la cita masiva de preceptos en un mismo motivo, o apartado en que se articule el recurso, como cuando se utiliza la fórmula ... y siguientes, ni fundar el recurso en la infracción de preceptos heterogéneos (SSTS de 2 de junio de 1995, 11 de marzo de 1996, 28 de mayo de 1996, 22 de enero de 1997, 16 de marzo de 1999, 25 de enero de 2000 y 23 de febrero de 2000), no siendo tarea de esta Sala, sino obligación del recurrente, la perfecta identificación de la norma o normas supuestamente vulneradas, sin que en absoluto proceda, so pena de originar un riesgo de indefensión para la parte contraria, subsanar de oficio las manifestaciones deficiencias del motivo, y puesto que el

recurso de casación no es una tercera instancia el escrito de interposición no puede equipararse a un escrito de alegaciones (SSTS de 16 de mayo de 1995 y 5 de marzo de 1997, entre otras muchas), traduciéndose la exigencia de claridad en la formulación del recurso de casación en una obligación insoslayable del recurrente (SSTS de 17 de marzo, 25 de abril, 24 de mayo y 9 de diciembre de 1985) sin que quepa ignorar el rigor formal que es exigible en vía casacional, dado el carácter extraordinario del recurso de casación, e incluso, a tal respecto, ha de señalarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19 de diciembre de 1997 (caso Brullall Gómez de la Torre contra España), se pronunció sobre la supuesta violación del Convenio por un Auto de inadmisión de esta Sala, rechazando que tal violación se produjera, y también declarando admisible un especial formalismo del recurso de casación».

En todo caso el motivo incide de nuevo en aspectos ya tratados en el anterior, sea respecto del carácter oneroso o gratuito de la hipoteca, sea respecto de la buena fe.

Indicar, en lo que a esta última se refiere, lo ya expuesto en el anterior fundamento ya que: (a) declarado el carácter gratuito del acto de constitución de la hipoteca el tema referido a la buena o mala fe de la entidad bancaria resulta irrelevante, al conducir al mismo resultado: la prevalencia de la protección del domicilio familiar sobre la seguridad del tráfico; (b) La jurisprudencia engloba en este concepto no sólo el dolo directo o conciencia de la ilicitud de la operación sino también la culpa por falta de la diligencia exigible que es el concepto utilizado por la Audiencia puesto que la presunción de buena fe contenida en el artículo 434 del CC (ahora artículo 521.7 CCCat) que sería el aplicable ya que el artículo 111-7 CCat se refiere a la conducta que con carácter general debe presidir las relaciones jurídicas privadas, puede quedar destruida mediante prueba en contrario.

Además conforme a reiterada doctrina legal, por todas STS de 14 de mayo de 2008: «la existencia o no de buena fe en favor del adquirente ... constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el tribunal de instancia y que no puede ser examinada de nuevo en ca-

sación, salvo que se aprecie falta de lógica o arbitrariedad en la conclusión probatoria obtenida (SSTS de 27 de septiembre de 1996, 30 de diciembre de 2005 y 30 de marzo de 2006)» pues la apreciación sobre la «... creencia de que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho», o al menos crear una racional duda acerca de las mismas o de la exigible diligencia normal o adecuada al caso que hubiera permitido formar el conocimiento preciso, corresponde a los tribunales de instancia «primera instancia y apelación» (SS, entre otras, de 23 de mayo y 28 de junio de 2002, 17 de febrero y 25 de octubre de 2004), y la revisión de su juicio en casación sólo es posible mediante la denuncia de la conculcación de las normas que rigen la actividad probatoria. En el mismo sentido las SSTS de 21 de enero de 2008, 13 de noviembre y 15 de diciembre de 2009.

De otro lado el artículo 111-9 CCCat no ha podido ser infringido en tanto no fue aplicado en la Sentencia al no basarse la misma en equidad alguna sino en el mandato del artículo 9 del CF; ni tampoco el artículo 111-8 relativo a los actos propios, pues siendo claro que el Sr. Juan Ignacio actuó dolosamente al consignar en la escritura que estaba separado judicialmente y que el domicilio no era familiar sus intenciones son irrelevantes pues es la Ley la que ordena, frente a los actos propios del cónyuge titular de la vivienda familiar que hagan peligrar su utilización por la familia, que se anule el acto a petición del otro cónyuge o de los hijos menores que en él convivan.

En consecuencia el motivo se desestima.

Los siguientes motivos del recurso de casación hacen referencia a la supuesta infracción que de jurisprudencia de la Sala de casación habría incurrido la sentencia de apelación, suponemos que en relación con el artículo 9 del CF, así como a la inexistencia de doctrina del TSJC sobre las cuestiones objeto del procedimiento en relación con la diligencia requerida a las entidades financieras prestamistas con garantía hipotecaria.

Pues bien, baste leer las sentencias que se citan para observar que nada tienen que ver con las cuestiones que aquí se debaten.

La STSJC de 28 de febrero de 2008, como ya se ha dicho anteriormente, trataba de la imposibilidad de asimilar el embargo trabado sobre la vivienda conyugal por deudas del propietario de la misma, a los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges, amén que mal podría constituir doctrina legal la existencia de una sola sentencia (artículo 1.6 CC); la STSJC de 5 de junio de 2008 relativa a un derecho de censo recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre el retraso desleal en el ejercicio de las acciones correspondientes que puede hacer pensar razonablemente que los derechos ya no se actuarán, mientras que en el caso, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de 4 años prevista por la ley. Por último la STSJC de 29 de septiembre de 1993, referida a un problema de accesión, y al principio de publicidad registral, no ha podido ser vulnerada por la Sala de apelación al aplicar el artículo 9 del CF, pues de un lado la inscripción de los derechos en el Registro de la propiedad no convalida los actos nulos y de otro no nos hallamos ante la protección registral que dispensa el artículo 34 de la Ley hipotecaria a los terceros hipotecarios, al discutirse en el presente caso la validez del propio acto de adquisición que, además, se ha declarado fue gratuito.

Por último en lo que se refiere a la inexistencia de doctrina legal en relación con la exigencia o diligencia requerida a las entidades financieras prestamistas con garantía hipotecaria, baste decir que no caben consultas a los Tribunales (STS de 2 de marzo de 1994) que han de limitarse tratándose además de un recurso de carácter extraordinario a dirimir cuestiones jurídicas respecto de la interpretación del derecho positivo con pronunciamientos que puedan servir para una generalidad de casos análogos.

En el supuesto que nos ocupa ya hemos declarado que la Sentencia de instancia califica correctamente, según la doctrina del Tribunal Supremo que hemos relacionado, el carácter gratuito de la hipoteca constituida en favor de deudas ajenas, lo que basta para rechazar el recurso pues ninguna operancia tiene aquí el artículo 34 de la Ley Hipotecaria tanto porque lo que se discute es el propio acto de adquisición (al tercero hipotecario se le protege de los actos anulatorios o rescisorios del acto de adquisición

de su transmitente partiendo de que el posterior contrato sea válido) como por el carácter gratuito del acto de adquisición ni se advierte jurisprudencia menor contradictoria cuando en

el caso citado por el recurrente (SAPB, Sección 12.^a, de 1 de diciembre de 2003, cuyo texto no se aporta) se trataba de hipotecar bienes por deudas propias.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque el ex esposo ha pasado a la situación de jubilado no se modifica la pensión compensatoria habida cuenta que percibió una indemnización de 300.000 euros, ha rescatado unos planes de pensiones y tiene otros ingresos no controlados.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 17 de enero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

Interpuesto por el recurrente tan sólo un recurso de casación, deben permanecer indiscutidos los hechos que fueron declarados probados en la instancia y que, en síntesis, son los que se relacionan a continuación:

a) El actor y la demandada, ambos de vecindad civil catalana, contrajeron matrimonio el 23 de abril de 1962 y de su unión nacieron tres hijos, habiéndose dedicado esta última al cuidado del hogar, radicado asimismo en Cataluña, así como al de su esposo e hijos, durante los casi 35 años que duró la convivencia familiar.

b) En Sentencia de separación dictada el 11 de julio de 2002 se estableció a cargo del actor (el recurrente) y a favor de la señora Carla una pensión compensatoria por un importe original de 1.803,04 euros mensuales, que, en virtud de la posterior Sentencia de divorcio dictada el 27 de junio de 2006 y confirmada después por la Audiencia provincial de Barcelona, se convirtieron en 1.983 euros mensuales, y más tarde aún, al tiempo de la interposición de la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, en 2.107 euros también mensuales, en virtud de los correspondientes incrementos anuales por razón del IPC.

c) Ya en el proceso de divorcio culminado por la sentencia mencionada, el actor alegó haber sido despedido de su empleo en la empresa «Dupont Ibérica, SL» y, por tanto, haber visto reducidos sus ingresos periódicos, en relación

con los que fueron considerados al tiempo de la separación para fijar el importe original de la pensión compensatoria, a los derivados del subsidio por desempleo (unos 978 euros mensuales), con la finalidad de que fuera reducido dicho importe, lo que fue desestimado por considerar que la correspondiente disminución de ingresos se había visto sobradamente compensada con el percibo de casi 300.000 euros en concepto de indemnización y liquidación de partes proporcionales, ello además de hallarse el actor (hoy recurrente) a las puertas de la jubilación y, por tanto, del percibo de la correspondiente pensión de importe sensiblemente superior a la prestación por desempleo (1.853,25 euros por 14 pagas anuales).

d) Al tiempo de la interposición de la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, el actor (el recurrente) ya se ha jubilado por haber alcanzado la edad legalmente prevista para ello (65 años). Por la misma época la demandada cumplió los 59 años.

e) Con posterioridad a la sentencia de divorcio y con anterioridad a la presentación de la demanda que ha dado origen al presente procedimiento, el actor adquirió un inmueble y una plaza de garaje anexa por el precio conjunto aproximado de 350.000 euros, a los que debe adicionarse la cantidad de 33.000 euros dispensados en la realización de determinadas reformas para su acondicionamiento como vivienda habitual.

f) No se ha acreditado debidamente por el actor en el presente procedimiento si destinó al negocio inmobiliario referido en el apartado anterior la indemnización laboral a que se ha hecho referencia en el apartado c), o si aplicó para ello el rescate de dos planes de pensiones concertados a su nombre, que en el año 2007 arrojaban un importe bruto conjunto a su favor de más de 350.000 euros.

g) Además de la pensión de jubilación, el actor percibe otros ingresos de cuantía indeterminada derivados de la titularidad de diversos valores, tales como acciones de la Sociedad General de Aguas y del Banco Popular Español.

h) La demandada, si bien ha venido realizando algún que otro trabajo esporádico como colaboradora de distintas entidades locales, aparte de la pensión compensatoria controvertida, sólo ha percibido 1.000 euros en el año 2006 y menos de 600 euros en el 2007.

Tanto la sentencia de primera instancia como, especialmente —por lo que aquí importa—, la de apelación desestimaron la pretensión del actor por entender que no se había producido —o, cuando menos, no se había probado por el obligado a hacerlo— «una variación sustancial» de las circunstancias tras su jubilación y la adquisición de una nueva vivienda (el uso de la conyugal, en régimen de alquiler, fue atribuido en su día a la demandada, que terminó por adquirir su propiedad tras la ruptura de la convivencia), en relación con las circunstancias existentes y ya examinadas al tiempo de declarar el divorcio y disponer sus efectos, aunque se acepte como indiscutible que la jubilación supuso «un descenso de [sus] ingresos» —en alusión, sin duda, a los que venía percibiendo cuando trabajaba para «Dupont Ibérica, SL»— y que «el actor ha invertido parte de lo percibido en la adquisición de un bien inmueble».

La razón para adoptar dicha decisión estribó fundamentalmente en el hecho de que, aparte de disfrutar de una pensión de jubilación, el actor (hoy recurrente) venía percibiendo «otros ingresos sobre cuya procedencia e importe no se ha practicado suficiente actividad probatoria, pero cuya existencia ha quedado suficientemente probada», ello aparte de no haber aclarado adecuadamente a qué ha dedicado «el resto de

efectivo de que disponía», en alusión al sobrante, por un lado, de la indemnización obtenida como consecuencia de la extinción de su relación laboral y, por otro lado, del rescate de los dos planes de pensiones que tenía concertados, después de adquirida su actual vivienda.

En consecuencia, la Audiencia provincial concluyó que, mientras la demandada no había visto mejorada en absoluto su situación económica, tal y como fue declarada en la sentencia de divorcio, el actor, por su parte, no había acreditado debidamente que hubiera empeorado la suya, teniendo en cuenta el mismo término de comparación.

El recurso de casación, que fue admitido por razón de la cuantía —motivo por el cual no cabe atender a las objeciones formuladas de contrario respecto de su admisión, basadas en el incumplimiento de los requisitos exigidos para el supuesto del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC—, denuncia la violación del artículo 100 del Código Civil, norma de la que ya hemos dicho en alguna ocasión (STSJC 29/2008, de 31 de julio, 31/2008, de 5 de septiembre y 9/2010, de 31 de marzo) que es inaplicable en esta materia en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma dada la completud de nuestra legislación, salvo que ello viniera justificado por las reglas de conflicto (artículo 9.2, párrafo segundo, CC y artículo 107.2 CC); y la vulneración de los artículos 80, 84 y 86 del Codi de Família catalán —aunque por error el recurrente se refiera al Código Civil de Catalunya—, por entender que el paso de cobrar unos emolumentos salariales a percibir una pensión de jubilación «supone matemáticamente una minoración de los ingresos del obligado al pago [de la pensión compensatoria] ... permanente y duradera y no meramente transitoria o coyuntural», que, por un lado, integra «una variación sustancial de las circunstancias», con independencia de que el obligado al pago de la pensión adquiriera al propio tiempo la propiedad de un inmueble con vistas a establecer en él su vivienda habitual y no por pura inversión, y con independencia, asimismo, de que el beneficiario de la pensión permanezca en la misma situación de necesidad o desequilibrio; y, por otro lado, constituye «una circunstancia sobrevenida», que justifica por sí sola la modificación de los

efectos declarados en una anterior sentencia de divorcio y, más en concreto, la reducción de la correspondiente pensión compensatoria.

Ciertamente —como objeto la parte contraria—, el recurrente dedica buena parte de su recurso a intentar suplir la inactividad probatoria demostrada en la instancia, pretendiendo justificar o aclarar ahora —atendida «la amplitud documental del presente pleito»— el destino dado tanto a la indemnización laboral como al rescate de los planes de pensiones, desconociendo que por medio del recurso de casación no es posible intentar una revisión de la prueba practicada en la instancia y ni tan siquiera denunciar la infracción de las reglas de la carga de la prueba (artículo 217 LEC), lo que hubiera debido intentarse, en su caso, a través del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 217 LEC).

Por otra parte, el planteamiento casacional del único motivo del recurso al es doblemente defectuoso. En efecto, por un lado, al describir la ratio decidendi de la sentencia recurrida —«la pensión de jubilación, a pesar de que suponga matemáticamente una minoración de ingresos del obligado al pago, no puede considerarse una variación sustancial de las circunstancias»—, lo hace de manera incompleta y, por ello, artificiosa, ya que omite aquella parte esencial de su motivación en la que se hace referencia a otros ingresos complementarios, razonamiento que tuvimos ocasión del tildar de razonable y de lógico con ocasión de otro supuesto en que rechazamos la reducción del importe de una pensión de alimentos que se nos pedía igualmente en atención a la jubilación del obligado al pago, debido entonces a la existencia de otros ingresos y de determinado patrimonio inmobiliario (STS-

JC 41/2008, de 11 de diciembre). Por otro lado, al establecer el término de comparación parece olvidar que las circunstancias a cuya eventual modificación debe atenderse en este caso no son las existentes al tiempo de la separación, sino las que concurrían al tiempo del divorcio posterior, momento en el cual los ingresos del recurrente derivados del subsidio de desempleo eran de importe muy inferior, no obstante lo cual se decidió no reducir la pensión compensatoria, entre otros motivos, debido precisamente a la próxima percepción de la pensión de jubilación y a la titularidad complementaria de dos planes de pensiones, lo que de nuevo se halla de acuerdo con nuestra propia doctrina (STSJC 38/2008, de 10 de noviembre).

Por lo demás, téngase en cuenta que, en relación con la extinción [artículo 86.1.a) CF] o con la reducción (artículo 84.3 CF) de la pensión compensatoria basada en un cambio de las circunstancias económicas del obligado al pago y del beneficiario del mismo, no ha mucho (STSJC 41/2009, de 14 de octubre) recordamos que el correspondiente juicio del tribunal de apelación «sólo merecerá el necesario interés casacional cuando pueda tildarse de ilógico, irrazonable o arbitrario» (STSJC 11/2005, de 24 de febrero, 17/2008, de 8 de mayo y 26/2008, de 3 de julio), de la misma manera que hemos declarado que la apreciación de las circunstancias que, según la ley, han de ser tomadas en consideración para la fijación (cuantificación) de la pensión compensatoria «es competencia del tribunal de instancia, de forma que, no siendo ilógica, arbitraria o irracional, no puede ser objeto de revisión» (STSJC de 1 de diciembre de 2003 y 9 de enero de 2006; 11/2005, 36/2007, de 26 de noviembre y 17/2008).

Teniendo en cuenta que la ex esposa cuenta con 48 años, un aceptable estado de salud y que se le ha concedido una compensación por la extinción del régimen de separación de bienes de 600.000 euros, procede fijar una limitación temporal de ocho años a la pensión compensatoria.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

El segundo motivo del recurso de casación denuncia la vulneración del artículo 84 CF por cuanto la cuantía de la pensión y la falta de limitación en el tiempo no se ajusta a la interpretación jurisprudencial del citado precepto, en la medida en que el Sr. José Enrique ha cumplido 70 años, en 2010, sus ingresos se han visto disminuidos así como su patrimonio y le es imposible seguir satisfaciendo una pensión compensatoria sin limitación temporal habida cuenta que no podrá mantenerse en activo mucho tiempo mientras que la Sra. Pilar, con 48 años de edad, debe, según se afirma en el recurso, hacer un esfuerzo y buscar trabajo, extremo que no se ha acreditado, porque ni siquiera se ha inscrito como demandante de empleo. Por ello, solicita se fije la pensión en la cantidad de 3.704,28 euros (frente a los 4.000 euros establecidos por la sentencia recurrida) con una limitación temporal de 3 años.

En el desarrollo del motivo aun cuando se impugna la cuantía y se solicita una minoración no se ofrecen razones para su disminución. En cambio, lo realmente cuestionado y que constituye el núcleo del recurso estriba en la limitación temporal de la pensión, citando para ello las SSTSJ 20/2004, de 21 de junio, 19/2010, de 21 de mayo y 11/2010, de 11 de marzo.

La jurisprudencia de esta Sala —SSTSJ 43/2003, de 1 de diciembre, 20/2004, de 21 de junio, 12/2005, de 24 de febrero, 7 y 8/2006, de 27 de febrero, 8/2008, de 8 de mayo, 38/2008, de 10 de noviembre y 11/2010, de 11 de marzo, entre otras— ha declarado que la pensión compensatoria tiene vocación inequívoca de caducidad, si bien la fijación de un plazo o la limitación temporal para su pago resulta una facultad y no una obligación del órgano decisor, el cual deberá atender en cada caso a las circunstancias concretas que inclinan a optar por una u otra solución, por lo que se viene admitiendo la limitación temporal siempre que puedan determinarse en dicho momento todas las circunstancias que se relacionan en el artículo 84 CF. En todo caso, se exige que quede plasmado en la correspondiente sentencia un juicio suficientemente ponderado y razonable de previsión de la superación o desaparición del desequilibrio que justificó su concesión, por lo cual, y sin perjuicio

de la ponderación ad hoc de todas las circunstancias concurrentes en cada caso de entre las recogidas en el artículo 84 CF para la fijación de la pensión —lo que convierte la cuestión en casuística y, por ello, de acceso a la casación limitado a los supuestos de valoración arbitraria, ilógica y absurda (SSTSJ 7/2006, de 27 de febrero y 36/2007, de 26 de noviembre; rechazándose la existencia por ello de interés casacional de forma reiterada en AATSJ 22/2011, de 17 de febrero que cita los AATSJ de 13 de octubre de 2005, 26 de mayo de 2008, 14 de julio de 2008 y 20 de diciembre de 2010, entre otros)—, no hemos apreciado inconveniente, sino todo lo contrario, en la fijación de un plazo cuando sea asequible la incorporación al mercado laboral del cónyuge acreedor de la pensión o, en general, cuando se pueda apreciar la posibilidad de un desarrollo autónomo que le permita un acceso a los medios económicos que de momento le proporciona la pensión.

En el presente supuesto, el razonamiento efectuado por la sentencia recurrida resulta excesivamente genérico declarándose que «... no se aprecian circunstancias objetivas, que apoyen la previsión futura, que con el transcurso de los tres años solicitados cesará la situación de desequilibrio económico ... (manteniéndose) la pensión en forma indefinida...», por lo cual, hemos de examinar, sin alterar el *factum*, cuáles son los hechos determinantes y definitorios para estimar o no la limitación temporal.

Al respecto, ha de señalarse que la duración de la convivencia ha sido de 24 años incluyendo el tiempo anterior a contraer matrimonio, la edad de la esposa de 48 años, goza de una salud aceptable, su cualificación laboral es parca, pues anteriormente fue azafata y modelo durante una corta vida laboral (f. 304) y la compensación económica concedida por la vía del artículo 41 CF lo ha sido en la suma de 600.000 euros. Con estos parámetros la Sala estima que resulta procedente fijar un límite temporal para la pensión compensatoria y la cifra en 8 años que constituye un tiempo razonable para que pueda acceder al mercado laboral, aun siendo conscientes de la actual dificultad y de su cualificación profesional, lo que no impide, sino todo lo contrario, que frente al carácter indefinido de dicha pen-

sión fijado por la sentencia recurrida proceda su limitación temporal.

Por lo expuesto, teniendo presente los factores señalados en el presente caso, como son la edad de la esposa (48 años), una aceptable salud y la compensación económica concedida de 600.000 euros, procede la fijación temporal de la pensión compensatoria en atención a la posibilidad de que durante el plazo de 8 años —suficientemente amplio— pueda acceder al mundo laboral con ingresos económicos sustitutorios de la pensión, revocándose la sentencia recurrida en dicho extremo ya que, en el caso examinado, se valoran como circunstancias no

obstativas a la temporalización de la pensión tanto el dato de la edad y la salud como la concesión de una notoria pensión indemnizatoria con la finalidad de que durante el amplio lapso temporal fijado pueda obtener tanto un puesto laboral como cualificación profesional adecuada para su desarrollo.

En su consecuencia, hemos de estimar el segundo motivo en relación con la fijación temporal de la pensión que se establece en ocho años que se computarán desde el momento en que haya sido percibida, según lo anteriormente señalado.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No puede tenerse por acreditado que todo el patrimonio que adquirió el esposo durante los veinte años de matrimonio fueron simples reinversiones por la venta de otros bienes que ya le pertenecían antes de contraerlo, y por ello se considera correcta la cuantía de la compensación por la extinción del régimen de separación de bienes.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau**

El primer motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. José Enrique denuncia la infracción del artículo 41 CF en tanto que, a entender del recurrente, la cuantía de la pensión no se ajusta a la interpretación jurisprudencial de este Tribunal dado que, en síntesis, el patrimonio del Sr. José Enrique no se ha visto incrementado durante el matrimonio sino que lo adquirido durante el mismo lo ha sido con el producto de bienes cuya propiedad ostentaba antes de contraer matrimonio.

En el desarrollo del motivo efectúa una crítica a la valoración de la prueba afirmando que todos los bienes que figuran a su nombre, adquiridos durante el matrimonio, son procedentes de ventas realizadas de otros que ya se encontraban a su nombre con anterioridad a la fecha en que contrajeron matrimonio (15 de enero de 1988) siendo, por tanto, la totalidad de las adquisiciones reinversiones que constan efectuadas desde 1988 hasta el momento de la solicitud de di-

vorcio, en 2008. Además, se ha constatado una situación actual crítica en su patrimonio, hallándose próximo a la jubilación, con importantes pérdidas y gravámenes.

Al no haberse deducido recurso extraordinario de infracción procesal no procede revisar el *factum* fijado por la sentencia recurrida, por lo cual, queda constancia que:

1.º La Sra. Pilar trabajaba de modelo, con anterioridad a contraer matrimonio, y posteriormente se ha dedicado a cuidar del hogar y de los tres hijos, mientras que el esposo se dedicó a sus actividades profesionales en diversas empresas en las que participa, adquiriendo numerosas propiedades inmobiliarias que figuran a su nombre o al de dichas empresas si bien en la actualidad se constata que durante los últimos años dichas empresas han visto disminuidos sus beneficios, y

2.º En el FJ 5.º de la sentencia recurrida se reseña el patrimonio inmobiliario que alcanza no

sólo la vivienda familiar sito en San Cugat sino otras propiedades en Soto de la Moraleja, Arroyo de la Vega, Madrid, Punta Cana, L'Escala, Éstas gravadas con hipotecas y un departamento en Calonge adquiridos durante el matrimonio y que figuran a nombre de la Sociedad Halbin Trip SL de la que el demandado ostenta el 100% de las participaciones, además de la titularidad de acciones y participaciones sociales en varias Empresas y dos planes de pensiones en el Banco Espíritu Santo con derechos consolidados cifrados en 268.216,05 euros.

Afirma en el recurso que todas sus propiedades fueron reinversiones como consecuencia de la venta de acciones del Grupo Espíritu Santo y que más tarde se vería obligado a reinvertir siendo las plusvalías generadas durante el matrimonio no más de 1.006.695,30 euros. Y por otro lado, señala que con las acciones del citado Grupo y sus plusvalías constituyó Vigorinversión Sicav SA y desde ésta transfirió capital a Halbin Trip su sociedad patrimonial para invertir en diversos inmuebles en España y República Dominicana, previendo una rentabilidad de esa inversión que fue inexistente, encontrándose que además las acciones de la Sicav se han pignorado y por ello las plusvalías generadas son escasas.

Por lo expuesto, pretende el recurrente una revisión de la prueba que debería haberse encauzado por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal, y aun siendo cierto que parte del patrimonio inmobiliario fuera producto de reinversiones con numerario que el Sr. José Enrique tenía con anterioridad a contraer

matrimonio con la Sra. Pilar, lo cierto es que dicho extremo no se fija como hecho probado en la sentencia, sino al contrario, pues consta que los bienes inmobiliarios de Halbin Trip fueron adquiridos a partir del año 2001 (FJ 5.º de la sentencia de instancia asumido por la sentencia recurrida), es decir, más de 12 años después de contraer matrimonio y cuando desarrollaba el Sr. José Enrique su actividad empresarial dedicándose su esposa al cuidado de los hijos, sin retribución alguna, por lo cual, procede confirmar la resolución recurrida que estima el necesario desequilibrio económico patrimonial para aplicar el artículo 41 CF; siendo diáfana, como declara la sentencia recurrida, la existencia de dicho desequilibrio en tanto que frente al importante patrimonio del Sr. José Enrique la esposa que se ha dedicado al cuidado de la familia y del hogar, carece de participación dominical alguna en el cuantioso patrimonio del Sr. José Enrique y si bien, como añade la sentencia, resulta sumamente dificultoso determinar la valoración fiel del patrimonio, se constata un desequilibrio notorio que pretende combatirse en esta sede afirmando que las plusvalías de su trabajo empresarial durante los 20 años de convivencia matrimonial son producto exclusivo de reinversiones, extremo no recogido en la sentencia y cuya revisión del *factum* en dicha sede no puede realizarse, procediendo, por ende, la confirmación de la suma establecida de 600.000 euros como pensión indemnizatoria del artículo 41 CF.

Ha de rechazarse el primer motivo del recurso de casación.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Se decreta la nulidad del matrimonio a instancia del Ministerio Fiscal pues no existió consentimiento, no han convivido en ningún momento haciendo vida completamente independiente. El hecho de que el matrimonio se haya celebrado con apariencia de formalidad y cumpliendo las prevenciones legales no impide, si se acredita la falta del consentimiento, que se declare su nulidad.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 31 de enero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

El artículo 73 núm. 1 dice que es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de noviembre de 1999 dice que respecto a la reserva mental concurre cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordia mantenida conscientemente en el querer interno y el querer manifestado en la celebración; esta reserva mental que subyace en el interior del sujeto obliga para que quede acreditado analizar los datos fácticos que concurren, debiendo acudir a los hechos anteriores coetáneos y posteriores a la celebración de ese matrimonio, así como a la inevitable prueba de presunciones, respecto de la cual se ha venido pronunciando el TS, y recogiendo en el artículo 385 LEC, y con esa actividad se tiene que acreditar que ese matrimonio lo ha sido de conveniencia, esto es que la unión no se ha realizado con la finalidad de contraer matrimonio sino con otra finalidad, la más habitual, para regularizar la situación en España o para obtener la nacionalidad del otro cónyuge; en el caso presente la sentencia en base a la prueba practicada llega a la acertada conclusión de que no existió consentimiento en el matrimonio que celebraron los demandados, y se basa en el informe policial, que confirma que no han

convivido en ningún momento, haciendo vida completamente independiente, el hecho de que el matrimonio se haya celebrado con apariencia de formalidad y cumpliendo las prevenciones legales no impide si se acredita la falta del consentimiento declarar su nulidad; hay un hecho cuando se analizan estas cuestiones que no puede obviarse porque es lo habitual, y es que con el matrimonio se produce una vida en común de los cónyuges que resulta de muy fácil demostración, se suele residir en el mismo domicilio, se frecuentan en común lugares públicos, se suelen tener cosas en común, incluso cuentas corrientes, contribución a las cargas familiares, toda una serie de circunstancias como decimos fácilmente acreditables, y es evidente que en absoluto se acredita que tras el matrimonio se mantuviera la convivencia en común, tal y como exige el artículo 68 CC, compartiendo las responsabilidades domésticas; la prueba aportada en esta alzada tampoco justifica los extremos a los que nos estamos refiriendo; todo ello nos lleva a concluir que la decisión de nulidad adoptada por el Juzgado de Instancia responde a una lógica y razonable valoración de la prueba practicada por lo que tiene que ser confirmada. No se hace pronunciamiento sobre las costas.

PATRIA POTESTAD

Se mantiene la decisión de cambio de centro escolar adoptada por la madre tras acreditarse por la prueba practicada los beneficios de dicho cambio.

AP Salamanca, Sec. 1.^a, Auto de 14 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo**

En el recurso relativo a la impugnación de la medida cautelar solicitada y que fue denegada por Auto del Juzgado de Primera Instancia de 30 de agosto de 2010, ya se comienza advirtiendo que en la práctica no tiene ningún sentido mantener la solicitud de la medida cautelar ante la imposibilidad material de cumplimiento de la misma, ya que en definitiva, se trataba de solicitar de un colegio que realizase todo lo pertinente para la formalización de la matrícula y mantenimiento de plaza de la alumna durante el curso académico 2010-2011 y al mismo tiempo se requiriese a la Dirección Provincial de Educación de Salamanca y al colegio Santa Teresa de Jesús de Salamanca en sentido contrario, para dejar sin efecto la asignación de plaza y anulación de la matrícula realizada.

Es cierto que ello es así, pero no obstante, como se afirma en el recurso, la estimación o desestimación de la cuestión puede tener su incidencia en cuanto a las costas.

En cuanto a la infracción de normas procesales y el ordenamiento jurídico, básicamente por entender que se ha producido una situación de indefensión ya que la medida cautelar se solicitó en tiempo oportuno como consecuencia del procedimiento de ejecución de resolución judicial, habiéndose reconvertido el mismo en un procedimiento de patria potestad como consecuencia de lo que se entiende es una falta de acuerdo entre los padres respecto del ejercicio de la patria potestad compartida, hay que advertir que la Juez de Instancia, tras leer detenidamente el informe del Ministerio Fiscal respecto a la cuestión debatida, resolvió desestimar el recurso de reposición interpuesto por la parte ahora recurrente afirmando que no se trata realmente de un procedimiento de ejecución de sen-

tencia ni como consecuencia de medidas cautelares y que en materia de familia debe buscarse ante todo la justicia material y el interés del menor. El letrado de la parte recurrente afirmó mostrarse de acuerdo con la decisión adoptada por la Juez que expresamente declaró su resolución firme entendiendo que debería seguirse el trámite adecuado para resolver en definitiva una cuestión planteada a tenor de lo previsto en el artículo 156 del Código Civil.

El letrado de la parte ejecutante a continuación entra directamente en el fondo de la cuestión debatida, sin discutir ningún aspecto procedimental, aunque es cierto que sigue entendiendo que en el presente caso nos encontramos ante una fase previa al desacuerdo entre los progenitores que ostentan la patria potestad.

Más adelante a lo largo del juicio el letrado de la parte actora manifiesta expresamente mostrarse de acuerdo con el trámite que al procedimiento ha dado la Juez de Instancia e incluso afirma que mantiene la prueba documental propuesta y en cuanto a la pericial se limita a decir que sería conveniente practicarla «si hubiera posibilidad de contrastarla, si no no». Pese a lo dicho, posteriormente se opone a la prueba pericial presentado de contrario entendiendo que se ocasiona indefensión, por lo que solicita la evaluación del problema por un perito nombrado judicialmente, o no se admita el perito propuesto por la parte contraria o, alternativamente que intervenga el equipo psicosocial del juzgado. La jueza admite la prueba en la forma en que es propuesta por la parte contraria, formulándose la correspondiente protesta, pero advirtiendo que en definitiva se trata más bien de un testigo-perito. El letrado del actor insiste de nuevo en que se considere la conveniencia de la interven-

ción del equipo psicosocial, por lo que advierte que su protesta respecto al testigo-perito de la parte contraria puede entenderse o como inadmisión o, en su caso, como tacha.

Si bien es cierto que en el recurso hay un amplio estudio de lo que implica la indefensión, poniéndola en relación con el presente caso, la misma debe ser desestimada por las razones anteriormente expuestas. La parte se mostró conforme en buscar la verdad material y con la tramitación del procedimiento que la Juez de Instancia y respecto de la prueba pericial psicológica o al menos la declaración de la testigo-perito, admitió expresamente, y así lo propuso, la posible intervención del equipo psicosocial, prueba que se llevó a cabo, ciertamente con algunas limitaciones derivadas en buena medida también de las fechas en que se celebró el juicio, pero garantizándose al menos la intervención de un experto imparcial, que emitió un detenido informe, al que luego haremos referencia. Debemos tener en cuenta que tan sólo existe falta de tutela judicial efectiva y se podría declarar en su caso la nulidad de actuaciones cuando se ha producido efectiva indefensión. La indefensión no se ha producido, puesto que en el procedimiento han tenido ocasión de intervenir las partes debidamente asesoradas y asistidos por sus letrados, garantizándose los principios de la audiencia, contradicción y defensa, además del de inmediación.

En cuanto al error en la valoración de la prueba, un examen detenido de la misma, y tras el visionado de la grabación del acto de la vista oral, pone de relieve que existe una sustancial coincidencia entre la declaración de la testigo-perito, que venía haciendo un seguimiento habitual de la menor como consecuencia de sus problemas, y el informe que emite la psicólogo del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Salamanca.

La primera manifiesta que estamos en presencia de una menor que se muestra agresiva, con rabietas, contestando de forma violenta, actitud que se manifiesta especialmente a raíz del divorcio de sus padres. Acude semanalmente a consulta y se puede apreciar una situación de ansiedad, que al mismo tiempo está provocando su obesidad. Tiene miedos y problemas importantes derivados de la adaptación a la nueva

situación. Quiere a sus dos padres pero el desajuste derivado del régimen de visitas la perjudica. Se muestra obsesionada por estar gorda y que se metan con ella en el colegio y todo este problema lo manifiesta preferentemente con la madre, no con el padre, con quien tiene menos confianza. Estima que necesita la seguridad de estar cerca de la madre como consecuencia del sentimiento de pérdida que tiene la menor. El colegio para ella es de alguna manera una liberación y esto justifica su buen rendimiento escolar, considerando que es una buena opción el estar cerca de la madre.

Pese a la insistencia del ejecutante, no le consta a la psicólogo que exista una situación real de acoso en el sentido que se pretende pero sí hay un importante problema en el colegio, problema que se había comunicado a la psicólogo, sobre todo en el problema de su ansiedad y obesidad. Es cierto que la perito psicólogo insiste en que puede haber una situación de acoso tanto en un colegio como en otro pero ello no quiere decir que no se intente eliminar las causas que actualmente están ocasionando la ansiedad, dejando claro que la ansiedad no es consecuencia del colegio pero que hay cambios que pueden ser buenos para la menor si estos cambios suponen para ella tranquilidad y seguridad, especialmente tranquilidad afectiva, emocional, que siempre la beneficiarán. Con la madre se muestra tal y como es, por lo que puede descargar sus emociones. No lleva bien el régimen de visitas y los síntomas que presenta parece que van a peor. Dado que la niña manifiesta disgusto con su colegio actual, entiende que le puede venir muy bien el estar con la madre por un problema de autoestima y poder sentirse protegida.

Con independencia de determinadas observaciones puntuales que se efectuaron a lo largo de la declaración de la testigo-perito, y el intento de extrapolar algunas declaraciones, de tipo coloquial, o a modo de ejemplo, lo cierto es que de la grabación resulta un testimonio concluyente, claro, preciso, en el que para cualquier observador ajeno, como puede ser el Juez que obra con imparcialidad, queda muy claro que parece aconsejable para la menor el cambio de colegio, sin que, como dejó muy claro la declarante, pueda hablarse de una situación real de acoso en los términos pretendidos.

La psicólogo del equipo psicosocial puso de relieve el interés de la menor por el cambio de colegio, considerándolo como positivo. Describió como síntomas de la menor el miedo, las pesadillas, la agresividad, los insultos, que puede ser síntoma de una depresión o de una inestabilidad, sin que pueda pronunciarse sobre la situación de ansiedad por falta de datos. Entiende que existe cierto conflicto de lealtades favorecido por ambos progenitores. También admite la adaptación a su antiguo colegio pero considera que cara a la seguridad y expectativas de la menor es bueno el cambio puesto que va motivada y contenta. La agresividad con la madre es un problema de ponerle límites ya que la madre a la vez le aporta seguridad y está se-

gura de que con el tratamiento psicológico que sigue la menor esos límites se sabrán poner. No observa manipulación en el sentido estricto y considera que el hecho de que la madre ayude a la menor a la adaptación derivada del cambio nuevo colegio, hablando bien de éste, no puede entenderse como una manipulación. Reconoce que ha intervenido en el informe ella sola, por falta de disponibilidad del equipo, pero que está segura de que si hubiese informado todo el equipo psicosocial la conclusión sería la misma.

En consideración a todo lo expuesto, procede desestimar este segundo motivo del recurso, habiendo quedado claro que el interés de la menor aconseja el cambio de colegio que se ha llevado a cabo.

Consta incluso por propio reconocimiento del progenitor que no ha cumplido el régimen de visitas ni ha abonado la pensión alimenticia que fue fijada, si bien dichos incumplimientos no son suficientes para la privación de la patria potestad, ya que es preciso que se detecte una conducta perjudicial, grave y peligrosa para los hijos.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de enero de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Pena

La sentencia dictada en la instancia declara disuelto por divorcio el matrimonio entre los litigantes, manteniendo las medidas acordadas en la sentencia de separación, salvo el régimen de visitas que no se establece y la pensión de alimentos que se reduce a 50 euros, sin hacer expresa condena en costas. Contra la que se alza la actora ciñendo el recurso a combatir los extremos referentes a la no retirada de la patria potestad y la rebaja a 50 euros de los alimentos; solicitando sea estimado el recurso y revocada la sentencia apelada a fin de que se acojan favorablemente las pretensiones de la demanda.

En el análisis de la cuestión suscitada se ha de partir de que la patria potestad, «es en el derecho moderno, y concretamente en nuestro derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuer-

den, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho», «el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular —como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos— sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales —en este caso de interés familiar— que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico».

Así concebida, como un derecho-deber o como un «derecho-función» (SSTS de 30 de abril de 1991, 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), puede, en determinados casos, y por causa de esta moderna concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que a diferencia de la redacción originaria contemplada en dicho Texto sustantivo, no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que, según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo, en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo.

Por último, la reciente STS de 10 de noviembre de 2005 considera restrictiva la interpretación del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo

de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, añadiendo que la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad; juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que ya puede inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores.

En el caso presente consta incluso por propio reconocimiento del progenitor que no ha cumplido el régimen de visitas ni ha abonado la pensión alimenticia que fue fijada, si bien dichos incumplimientos no son suficientes para la privación de la patria potestad, ya que es preciso que se detecte una conducta perjudicial, grave y peligrosa para los hijos; en consecuencia en este extremo el recurso ha de ser desestimado.

Solución distinta sin embargo ha de darse al segundo extremo referente al quantum de la pensión alimenticia, pues no consta en autos la situación económica del padre, y aun cuando éste debe establecerse para atender a las necesidades del menor y las circunstancias económicas del progenitor (artículos 93 y concordantes del Código Civil) es procedente que éste contribuya al menos con una pensión mínima que se considera ha de ser de 100 euros mensuales, por lo que, en este extremo la sentencia apelada ha de ser modificada.

GUARDA Y CUSTODIA

Se elimina del pronunciamiento sobre la atribución de la custodia a la madre que está deba permanecer en Valladolid, dado que con anterioridad ambos progenitores entendieron que era una experiencia enriquecedora para la hija que pudiese trasladarse junto a su madre a los Estados Unidos donde ésta va a retomar su actividad laboral.

AP Valladolid, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal**

Descartada pues la posibilidad de establecimiento de una custodia compartida procede examinar ahora la impugnación efectuada por la Sra. María Virtudes, quien muestra en el recurso de apelación que interpone su desacuerdo con la decisión adoptada en la instancia de condicionar el otorgamiento de la guarda y custodia de la menor Catalina al hecho de que el lugar de residencia de la madre sea Nueva York o Valladolid. En este sentido, debe resaltarse por esta Sala que en ningún momento se ha cuestionado la conveniencia de que la guarda y custodia de Catalina la ostente su madre, y en definitiva ésta ha sido al parecer la habitual forma de funcionar desde el nacimiento de la menor con la salvedad de los dos períodos de tiempo en los que permaneció al cuidado de su padre. Es más, precisamente en el año 2008 ambos progenitores coincidieron en convenir que lo más adecuado para el mejor desarrollo y formación personal de Catalina era que se trasladase durante al menos cuatro años con su madre a Nueva York, ciudad en la que a ésta se le abrían importantes expectativas laborales. Siendo esto así, estima esta Sala que no justifica cumplidamente el Sr. Catalina su cambio de postura al respecto cuando se niega a que Catalina regrese con su madre a Estados Unidos una vez finalizadas las vacaciones estivales en el año 2009, siendo este inopinado cambio de criterio el detonante del conflicto que desde aquel

momento se ha producido deteriorando notablemente las relaciones entre los progenitores.

Es por ello que estima ahora esta Sala, ponderando adecuadamente los intereses en conflicto, y atendiendo en suma al superior interés de la menor, que no se encuentra justificación alguna al hecho, que se entiende determinante en la resolución recurrida, de que la menor deba permanecer inexorablemente en Valladolid, confiando su guarda y custodia a uno u otro progenitor en función de si la madre permanece en Valladolid o retoma su actividad laboral en Estados Unidos. Por el contrario, se considera por esta Sala que esta cuestión meramente circunstancial no debe resultar determinante, y que si objetivamente el hecho del posible traslado de la menor a Nueva York no le es perjudicial, ni resulta inconveniente para ésta, sino que precisamente lo que entendieron y convinieron ambos progenitores era que resultaba una experiencia positiva y favorable para su más adecuada formación, educación y evolución personal, debe revocarse la resolución recurrida al objeto de otorgar la guarda y custodia de la menor Catalina, sin condicionante alguno, a su madre, D.^a María Virtudes, siendo ésta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija Catalina. En consecuencia, este motivo de recurso debe ser estimado para dejar sin efecto lo resuelto al respecto en la instancia.

No se accede al cambio de custodia ya que en la demanda a lo único que alude el padre es a la unilateral y gratuita decisión de la madre de variar el domicilio, fijándolo en población distante, sin más que una general referencia a publicaciones aportadas de estudios psicológicos sobre los posibles perjuicios que ello tenga en la relación paterno-filial.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

Dado que el recurso deducido por la representación procesal de D. Amadeo, afecta a la guarda y custodia de los dos hijos comunes menores de edad de los litigantes, ha de precisarse previamente que tal cuestión debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil, y la Ley de

Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos,

tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de Éstos, en caso de divorcio, nulidad y separación».

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Conforme a lo anterior, no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

Sentada la anterior doctrina y normativa, y valorando convenientemente la prueba practicada es lo cierto que no existe ningún motivo para revocar el pronunciamiento relativo a la custodia, según viene establecido en la sentencia apelada y mantenida a favor de la madre, que la venía ostentando en virtud de sentencia de divorcio de los litigantes.

Las razones en las que se funda el recurrente no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a tra-

vés del principio de intermediación, del que sólo la Sala limitadamente participa a través del examen del soporte audiovisual que documenta la vista, no ha sido desvirtuada y es compartida en esta alzada, en atención a que no se revela aquí que la paterna sea la opción preferible de guarda para Álvaro y Lucía, ni se acredita que en el momento actual se haya producido alteración esencial de circunstancia alguna que justifique un cambio en la opción de custodia, cuando la madre continúa siendo la cuidadora principal de los niños, sin que se detecte carencia significativa en ellos, ni perturbación o perjuicio serio que derive de la permanencia en el entorno materno.

En el escrito generador del proceso, a lo único que alude el progenitor masculino es a la unilateral y gratuita decisión de la contraparte de variar el domicilio, fijándolo en población distante, así como a pasados incumplimientos por aquella del régimen de contactos, sin más que una general referencia a publicaciones aportadas de estudios psicológicos sobre los posibles perjuicios que ello tenga en la relación paterno-filial, sin especificar siquiera uno concreto que el propio progenitor hubiera detectado en Álvaro o Lucía.

Es ahora en el escrito de recurso donde alude a cambios de comportamiento de los niños, en modo alguno acreditados, y en su falta de rendimiento académico, alegación que queda desacreditada a la vista de los boletines de calificaciones de ambos hijos, aportados por la madre del pasado curso escolar 2009-2010, en los que se refleja adecuado rendimiento en ambos (documentos obrantes a los folios 128 a 130 de autos, a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos).

Custodia compartida cada dos semanas al acreditarse la vinculación que ambos padres tienen con la menor de siete años, habiendo constatado el equipo psicosocial que los dos están en condiciones de asumir la guarda.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 21 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Antes de abordar el problema, conviene resaltar el norte que ha de inspirar cualquier decisión sobre las medidas relativas al cuidado de los hi-

jos, en estas situaciones de crisis matrimonial, y que es que han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (artículo

39 CE), del *favor filii*, procurando, ante todo, el beneficio o interés 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 artículos 92, párrafo segundo, 96 y 103, entre otros, del Código Civil, que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia.

Las consecuencias relevantes del principio del *favor filii* en el orden procesal 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 artículo 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» (artículo 92, párrafo segundo, CC). Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado.

El principio del *favor filii*, contenido en los artículos 92, 93 y 94 del código sustantivo, obliga a atemperar el contenido de la patria po-

testad en interés de los hijos y de la sociedad y que está en íntima armonía con la tradición ética y jurídica de la familia (Sentencias del TS de fechas 9 de marzo de 1989, 5 de octubre de 1987 y 11 de octubre de 1991, entre muchas otras), y que en este mismo sentido proteccionista hacia los menores de edad, se manifiesta con suma claridad la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Por ello los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión. Es por lo que el propio Código Civil en su artículo 92 ello dispone la obligatoriedad de dar audiencia a los hijos mayores de doce años, pero no a los menores de dicha edad.

En atención a lo que dispone el artículo 92 del Código Civil, hemos de concluir que, a diferencia con lo que ocurría en anteriores redactados del mismo, en principio la guarda y custodia del hijo menor de edad puede ser atribuida tanto a la madre como al padre, sin que pueda existir trato preferencial hacia la una frente al otro. Ello no obsta para que, en la generalidad de los casos, durante la primera instancia y por el mayor contacto con la madre se tienda en la práctica a atribuirle a ésta la guarda y custodia de los hijos.

Se trata de aplicar la anterior doctrina al caso de autos, en el cual el demandado, argumenta seriamente sobre la atribución al mismo de la guarda y custodia de la hija menor Cristina, de forma compartida alternada.

La hija tiene, actualmente, casi 7 años edad, habiéndose practicado de forma reiterada, tanto en la instancia como en esta alzada, prueba pericial sobre el concreto extremo de dicha guarda y custodia compartida.

Ha de coincidirse con el demandado en considerar como necesario para el desarrollo psicológico y afectivo de la hija que ésta pue-

da convivir con su padre, pero también hay que añadir que el argumento es igualmente válido en cuanto a la madre.

Ha de admitirse y tenerse en cuenta por la Sala que, a lo largo del procedimiento, se ha puesto de manifiesto que tanto la madre, como el padre, reúnen unas semejantes condiciones y entorno apto para ofrecer estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral de las menores.

En la decisión a adoptar es asimismo importante que cada uno de los progenitores puedan igualmente gozar de independencia el uno respecto al otro, tratando de conjugar de la mejor manera posible los intereses de cada uno y haciendo prevalecer los de la menor, razón por la cual los padres deben tratar de limar asperezas y establecer una vía de comunicación para garantizar un desarrollo armónico de los afectos de los menores y la Sala, por su parte, adoptará las medidas para que sea mínimo el contacto entre los propios progenitores, pues hay que evitar a todo trance que una menor, tan influenciable por su escasa edad de ocho años, pueda presenciar unos hechos negativos para la misma.

Se tiene en consideración y valora por la Sala el informe emitido absolutamente claro en cuanto a la conveniencia para la menor de una custodia compartida, sin que de dicho informe se vislumbre, siquiera, que dicha custodia pueda afectar de modo negativo a la menor, y sin que, además, el citado informe aconseje o valore el que se tribuya la custodia a uno solo de los cónyuges; antes bien, como se ha dicho, insiste en lo contrario.

Igualmente se valora la gran disponibilidad de tiempo libre de que dispone el padre demandado que, por la propia particularidad de su empleo, realiza sus horas de trabajo de manera muy concentrada, por lo que ya dedica y puede dedicar mucho tiempo a su hija.

Pues bien, aplicando tales parámetros entiende la Sala que lo más acertado, en el presente caso, es la atribución de la guarda y custodia compartida de la menor, Cristina, tanto a su padre, como a su madre, de ejercicio no simultáneo sino alternado, por períodos de dos semanas, y ambos seguirán siendo titulares de la patria potestad, sin perjuicio del ejercicio por el custodio en la toma de decisiones meramente ordinarias.

No es obstáculo para acordar la custodia compartida por semanas la existencia de un hijo fruto de otra relación anterior de la madre, pues el artículo 92 del CC sólo contiene una recomendación en este sentido.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 17 de febrero de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

Frente a la sentencia recaída en la instancia a 29 de diciembre de 2009, en proceso sobre relaciones paterno-filiales, se interpone recurso de apelación por la representación procesal de la allí demandada, con la pretensión de que, con las consecuencias que expresa en el suplico de su escrito de formalización, al que nos remitimos a estos efectos en aras a la brevedad, le sea atribuida en exclusiva la guarda y custodia del hijo común menor de edad, Iván, que se establece compartida alternativa por semanas entre ambos progenitores.

Dado que el único motivo de recurso lo constituye la guarda y custodia del hijo común de los litigantes, menor de edad, conviene precisar que la problemática concreta debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil, y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un am-

biente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, nulidad y separación».

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Conforme a lo anterior, no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

Sentada la anterior doctrina y normativa, y valorando convenientemente la prueba practicada es lo cierto que no existe ningún motivo para revocar el pronunciamiento relativo a la custodia del menor, según viene establecido en la sentencia apelada, y otorgada a ambos progenitores compartida alternativa por semanas.

Las razones en las que se funda la recurrente no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia, cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a través del principio de inmediación, del que sólo limitadamente dispone la Sala a través del examen del soporte audiovisual que documenta la vista celebrada en las actuaciones a 9 de diciembre de 2009, no ha sido desvirtuada y es compartida en esta alzada, en la que se ha practicado prueba pericial psicosocial en determinación del sistema más adecuado de guarda para el menor Iván, con el resultado que obra en el presente rollo de apelación, y que, lejos de favorecer la tesis de la apelante, abunda en el acierto de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución disidente, en cuanto coincide la autora del dictamen con el criterio decisorio del Juez *a quo*.

En efecto, se ha emitido a instancia de esta Sala dictamen a 29 de noviembre de 2010, por la perito psicóloga adscrita a esta Audiencia Provincial, profesional absolutamente aséptica e imparcial, en el que se informa la ausencia de todo indicador de necesidad de cambio, en consideración a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto que se enjuicia, y de los siguientes factores:

— La igual capacidad y recursos personales de uno y otro progenitor en sus relaciones de cuidado y la adecuación de su conducta respectiva a demandas de realidad y a ofrecer al menor en la relación afectiva los necesarios cuidados y atenciones.

— El correcto desarrollo y normal evolución de Iván, quien es consciente de su realidad familiar, con adecuada adaptación en su organización actual de convivencia en semanal alternancia en cada entorno, paterno y materno, lo que vive de manera por completo natural y con deseos de continuidad, en contra de cuanto afirma la madre recurrente.

— La presencia activa de ambos progenitores, que constituyen figuras en su imagen por igual positivas, así como por vinculación afectiva a ambas, en una realidad vivida organizada y adaptada a las necesidades del niño.

— La convivencia e interacción parental gratificante que constituye fuente de apoyo y seguridad para Iván.

— La vivencia positiva por parte del niño de la continuada y en paritaria presencia de ambos progenitores en el entorno diario, con mantenimiento de la estabilidad necesaria en su organización, rutina y sistema escolar.

Por todo ello, se concluye en meritado dictamen que no se aprecia una necesidad de cambio de opción de guarda, que de imponerse, se viviría por el niño como tal imposición, lo que es contraproducente, siendo además la variación postulada ajena a sus necesidades emocionales, con el riesgo evidente de desestabilización de Iván.

A la vista de este informe, por más que disienta la progenitora femenina recurrente, es palmario que ha de ser mantenido en exclusivo interés y beneficio de Iván el sistema de guar-

da que se instaura en la instancia, que también coincide, por cierto, con la solicitud efectuada por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, Ministerio que pública y necesariamente interviene en este tipo de procesos en interés de los menores (artículo 749.2 de la LEC), y quien instó en dicho juicio el establecimiento de una guarda y custodia compartida por semanas, sin duda por entender que sólo a través de esta opción quedaban amparados suficientemente los intereses del niño a quien nos venimos refiriendo.

Y es esta alternativa por la que se ha decantado el Juez *a quo* la más favorable y beneficiosa para esta familia, como la más acorde al *bonum filii*, atendiendo tanto a las recomendaciones de la perito psicóloga como a la petición del Ministerio Fiscal, y valorando las manifestaciones de las propias partes vertidas en vía de interrogatorio a 9 de diciembre de 2009, todo ello en el bien entendido de que sólo de esta forma se protege el superior interés del hijo, su estabilidad y equilibrio emocional.

A nada determina en consecuencia el curso de la madre referente a la separación de los hermanos, que, además de no venir informada como negativa para Iván, único niño afectado por este proceso, no constituye obstáculo alguno, en cuanto el artículo 92 del Código Civil, no contiene a tal respecto prohibición, sino una mera recomendación o tendencia, que, por cierto, más parece proyectarse en general sobre aquellos hermanos en los que, previa a la ruptura de la pareja que componían sus progenitores, mediaba estable y permanente convivencia, circunstancia que aquí la apelante no acredita concurrir.

En otro orden de cosas, ha de añadirse respecto de Joaquín, hijo de D.^a Josefa habido de anterior relación y 5 años mayor que Iván, que la madre no acredita, más allá de meras manifestaciones interesadas, que aquél haya experimentado perjuicio o perturbación con el pronunciamiento que se combate, y es que de hecho no aporta siquiera con el escrito de recurso, informe psicológico de consulta relativo a Joaquín, en el que se refleje el sufrimiento al que se refiere la progenitora femenina.

Tampoco resulta inconveniente alguno a la custodia compartida alternativa que derive de la aludida existencia de familiares extensos en el entorno paterno, y más concretamente de un hermano de D. José Luis, cuando quedan contradichas cuantas alegaciones se vierten respecto del mismo en el escrito de recurso, con el resultado de la prueba practicada en esta alzada, en cuanto en el dictamen psicológico tan repetido, se informa que el progenitor masculino cuenta con la ayuda externa de su hermano mayor, quien no trabaja, y que ha constituido para el niño desde su nacimiento una figura de referencia constante. A la luz de esta afirmación, huelga cualquier otro comentario, al decaer lo plasmado in fine en la segunda alegación del escrito de interposición del presente recurso de apelación.

En definitiva se ha descartado en esta alzada perjuicio o perturbación seria para Iván que pueda derivar del sistema de guarda establecido, bien al contrario, se revela como el más beneficioso para este niño, y en modo alguno supone privación para la madre de la posibilidad de cuidar a su hijo, toda vez que el tiempo de permanencia con éste ha quedado por igual repartido entre ambos progenitores, pudiendo y debiendo hacerlo D.^a Josefa en el período en que la corresponda la alternancia, lo que la garantiza el mantenimiento del vínculo afectivo y el apego con el menor de sus hijos, para quien hemos de garantizar siga contando con una igual presencia de las dos figuras, paterna y materna, equilibrando la participación de uno y otro en su vida, en situación de existencia en sendos entornos de óptimas condiciones a todos los niveles, lo que redundará en su beneficio y asienta sólidamente las relaciones paterno-filiales.

Por todo ello se ha de desestimar el recurso, con confirmación íntegra de la sentencia apelada, al ser en todo correcta y acorde al *favor filii*, en cuanto ha dado prevalencia al superior interés del menor, frente a otros igualmente legítimos que pueda tener la madre a ostentar la custodia en exclusiva, resultando en todo prudente, cautelosa y modulada, de donde ninguna crítica merece, al concurrir en este caso los presupuestos determinantes de la guarda y cus-

todia compartida alternativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.8 del Código Civil, en su redacción dada por el artículo 8 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, precepto a cuyo tenor literal:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar 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.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

En este caso, si bien la progenitora femenina se opone, viene positivamente informada esta opción de guarda como beneficiosa por profesional asimilado al Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, como es la Psicóloga adscrita a esta Audiencia Provincial, igualmente la insta el Ministerio Fiscal, los litigantes mantienen una comunicación aceptable, con adecuación de su conducta a demandas de realidad, y ofrecen al menor en la relación afectiva, los necesarios cuidados y atenciones, con igualitaria presencia activa en una realidad organizada, apta y adaptada a las necesidades de Iván, siendo que el niño experimenta con ella una interacción parental gratificante y que constituye para él fuente de apoyo y seguridad, aportándole la estabilidad necesaria en su organización, rutina y sistema escolar, con una última nota positiva más, y es que Iván desea mantener la cotidianidad con sus dos progenitores, de donde se respeta su voluntad.

En suma, consta que sólo a través de este sistema de guarda y custodia compartida alternativa, quedan protegidos los superiores intereses de Iván.

La ausencia de éxito de la pretensión de guarda, hace decaer por derivación cuantas a la misma hubiera anudado la parte, como fijación de régimen de visitas o pensión de alimentos a cargo del padre.

Se mantiene la custodia paterna pues la madre no ha probado que reúna unas condiciones y entorno más apto para ofrecer estabilidad en el desarrollo integral de los dos menores.

AP Toledo, Sec. 2.^a, Sentencia de 17 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Carrión Matamoros**

La representación procesal de Macarena recurre la sentencia de separación dictada en primera instancia aduciendo error en la valoración de la prueba en dos puntos concretos: en lo relativo a la atribución de la guarda y custodia de los hijos en común que se confiere a Eladio, y en cuanto a la pensión alimenticia que le es impuesta a su cliente con respecto a los hijos. Indudablemente, ello conlleva que solicite la guarda y custodia de los niños y que el domicilio familiar se le atribuya a ella y se imponga un régimen de visitas al padre para poder ver y estar con sus hijos, así como el pago de una pensión.

La parte recurrente alega en su recurso que no existen pruebas suficientes en autos que vengán a acreditar la imposibilidad de la madre para hacerse cargo de la guarda y custodia de sus hijos, entendiéndose que la denuncia presentada por el padre no se ajustaba a la realidad, y que él mismo ha podido manipular a los hijos contra ella, criticando el informe pericial psicológico, habiéndose explorado solamente al hijo del matrimonio.

Respecto a la valoración de la prueba realizada por la Juzgadora *a quo* hay que decir que la misma ha de ser realizada en su conjunto, correspondiendo al juez de instancia, que ha dispuesto de todo el material probatorio practicado en las actuaciones y de la convicción derivada de la mediación en la práctica de las pruebas. La impugnación de la sentencia mediante el recurso de apelación por la recurrente, precisa la acreditación del error en el que fundamentan su argumentación, con referencia puntual y precisa a las pruebas de las que se infiera la existencia del mismo.

En tal sentido, ni en la formalización del recurso, ni del análisis de los medios de prueba practicados, se desprende que la sentencia de instancia no haya efectuado una valoración ponderada, lógica y fundamentada de la situación familiar valorando la situación actual y real de

los menores, por lo que la pretensión de la recurrente no tiene otra base que su interés en que su criterio prevalezca sobre el del juzgador, lo que hace inadmisibles las pretensiones revocatorias.

La sentencia de instancia opta por mantener guarda y custodia de los hijos al padre, con los que actualmente convive, entendiéndose que no han variado las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su día para atribuir con carácter provisional la misma a dicho señor. Para ello tiene muy en cuenta el informe pericial psicológico que obra en autos del que claramente se debe extraer la necesidad de mantener el actual sistema de custodia, por ser ésta la situación menos perjudicial en el momento actual, y pese a las alegaciones de la parte, la Sala confirma la valoración de dicha prueba en la Instancia, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal avala tal medida y que no se ha probado que la madre reúna unas condiciones y entorno más apto para ofrecer estabilidad en el desarrollo integral de los dos menores.

Por otra parte, olvida la apelante un hecho importante que la Juez de Instancia deja muy claro en el acto del juicio, y es que ella fue la Instructora de las Diligencias Previas donde se adoptaron las medidas, teniendo conocimiento directo de la situación de la pareja y explorando a los menores en dicha instrucción (a ello se refiere cuando en la sentencia expone el resultado de dicha exploración de los menores con independencia que en el acto de la vista solamente se practicara la del niño de 14 años, por otro lado contundente en cuanto a su negativa de estar con la madre).

Confirmada la guarda y custodia de los menores al padre, debe ser desestimado el segundo motivo en cuanto a la atribución de la vivienda familiar a la esposa y el motivo cuarto respecto al régimen de visitas dado que se considera ponderado el establecido en la sentencia respecto a la madre.

Aunque la demanda solicitando el cambio de custodia se presenta tan sólo pasados siete meses desde el dictado de la sentencia de divorcio, el deseo de los hijos de vivir con el padre y el desapego emocional con la madre justifican el cambio de custodia.

AP Ciudad Real, Sec. 1.^a, Sentencia de 16 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares**

Por la parte demandante se presenta recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria de su demanda de modificación de medidas, alegando error en la valoración de la prueba.

La demanda tiene como pretensión principal el cambio en el sistema de guarda y custodia de los menores, actualmente atribuidos a la madre, solicitándose igualmente un régimen de visitas para ésta, el establecimiento de una pensión alimenticia a favor de los hijos y a cargo de la madre y la atribución de la vivienda familiar a los menores.

Tratándose de una demanda de modificación de medidas, debe señalarse que las ahora partes contrajeron matrimonio en el año 1993 y que la sentencia de su divorcio es de 25 de mayo de 2009, divorcio que se produjo de mutuo acuerdo y en el que se establecía que los hijos, en aquellos momentos de 12 y 10 años, quedaran bajo la guardia y custodia de la madre, en el domicilio familiar, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre y una pensión alimenticia de 400 euros a su cargo, además de liquidar el régimen de gananciales.

En noviembre de 2009 se presenta la demanda de modificación de medidas, es decir unos 7 meses después de dictada la sentencia de divorcio, queriendo cambiar lo acordado sobre la base de la voluntad de los menores de ir a vivir con su padre, imputando a la madre la infracción de los deberes de custodia.

Como bien se señala en la sentencia combatida, la modificación del régimen de medidas establecidas en la sentencia de divorcio exige que se den nuevas circunstancias que lo permitan, precisándose de una alteración especialmente significativa y que no sea meramente coyuntural.

En este caso tal circunstancia está constituida por la voluntad de los menores de cam-

biar su régimen de guarda y custodia para irse a vivir con su padre. Como no consta que en el procedimiento de divorcio los menores fueran oídos ni a la hora de firmar sus padres el convenio regulador ni a la hora de ser aprobado judicialmente, esa circunstancia de expresar los menores una voluntad contraria a lo establecido en el convenio debe considerarse como especialmente relevante para entrar a analizar la situación, sobre todo si tenemos en cuenta que gran parte del conjunto de medidas que se establecen en las crisis matrimoniales están basadas precisamente en buscar el bienestar de los menores. La constatación del fracaso del régimen establecido en relación a los menores es, como decimos, motivo bastante para alterar los términos del convenio a pesar de que, como ocurre en el presente caso, estemos ante un período de tiempo corto entre la sentencia y la solicitud de modificación de las medidas.

La voluntad de los menores no es determinante para el establecimiento del régimen de vida de los mismos, pero tampoco puede obviarse, más cuando el propio Código Civil establece con claridad que deben ser oídos (artículo 92), cumpliendo con ello lo señalado en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Lo determinante es buscar la mejor situación posible para los mismos y para ello es preciso analizar si esa voluntad de cambio se debe a un mero capricho, basado, como se constata en muchos casos, en la mera conveniencia al encontrar el menor una situación más permisiva con uno de sus progenitores, o si realmente estamos ante una situación de conflicto que hace que el menor se encuentre más identificado con uno de sus progenitores al encontrar en él una mayor afectividad y, por tanto, un mejor marco para su desarrollo.

A pesar de los mutuos reproches que se hacen las partes en cuanto a su relación con los

menores, e incluso la existencia de procedimientos penales, que parece que no son sino la consecuencia de una indeseable situación de conflicto, lo cierto es que no se ha podido constatar de una forma objetiva ningún comportamiento especialmente reproachable ni en la madre ni en el padre. Es decir, la conclusión primera a la que debe llegarse, es que ambos están plenamente capacitados para el ejercicio de la guardia y custodia de los menores.

A este respecto debe destacarse cómo en autos tenemos informes absolutamente contradictorios que no permiten extraer una clara conclusión, pues mientras que unos (informe de la psicóloga D.^a Tania) afirman la conveniencia de que los menores vayan a vivir con su padre, en otros (Informe del equipo psicosocial del Juzgado de Menores) se afirma lo contrario, incluso llegando a recoger que se detecta una situación de síndrome de alineación parental provocado por el padre.

De la entrevista con los menores lo que se detecta es un desapego emocional importante en relación con la madre, con múltiples reproches hacia ella, que evidentemente, y como se dice en la sentencia de instancia, pueden estar relacionados con la forma con la que ésta entiendo debe cumplir sus obligaciones para con sus hijos, pero que tienen como consecuencia ese desapego que parece que se intensifica se-

gún pasa el tiempo, lo que también parece demostrar una cierta incapacidad de comunicación de la madre, pues detectado ese problema, al menos, desde el inicio de este procedimiento, en más del año que ha transcurrido desde entonces la situación no ha mejorado tal como tuvo la oportunidad de percibir este Tribunal cuando fueron oídos los menores. Tampoco cabe olvidar que el mayor de los hijos está a punto de cumplir los 15 años, una edad que debe valorarse especialmente en relación al contenido de sus manifestaciones.

En definitiva lo que se observa es que estamos ante unos padres con plena capacidad para atender a sus hijos, y unos hijos mejor vinculados con su padre, lo que debe conducir a estimar el recurso en este extremo acordando que los hijos queden bajo la guardia y custodia del padre.

Esta atribución conlleva el que los hijos vivan con su padre salvo los períodos atribuidos a la madre en el régimen de visitas, pues lo solicitado por ésta de que duerman en su casa, dado el horario de trabajo del padre, desnaturalizaría el cambio que se establece. Los inconvenientes de ese horario deben ser paliados por el padre, buscando la solución que mejor convenga a sus hijos, sin que ello sea un especial inconveniente para la decisión que se adopta, pues el caso no escapa de otros tantos con padres con horarios nocturnos.

El apoyo de los abuelos paternos en el cuidado de la menor de 4 años es un elemento importante para atribuir la custodia al padre.

AP Toledo, Sec. 2.^a, Sentencia de 16 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma**

Tiene declarado esta Audiencia en numerosas ocasiones precedentes «que las medidas relativas al cuidado de los hijos en las situaciones de crisis matrimonial o relación asimilable a ésta han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional» (artículo 39 CE), 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 in-

tereses de sus progenitores. Este principio, de protección integral de los hijos, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la Ley en esta materia.

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, han de ser acordadas por el Juez, incluso de oficio y sin necesidad de so-

meterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación, característicos del proceso civil. Por otro que, 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».

La doctrina expuesta en los párrafos precedentes puede ser traída a colocación en el caso concreto planteado, interesándose por la apelante (demandante en la instancia) la atribución de la guarda y custodia de su hija Eva Marie de 4 años de edad concedida finalmente en la sentencia al padre, aseverando, entre otros extremos, que el hecho de que la actora no disponga actualmente de trabajo o que el demandado cuente con el apoyo de sus padres para cuidar a su hija no justificaba la modificación de la custodia

que venía acordada en las medidas provisionales a favor de la madre, ante la total ausencia de elementos objetivos que acrediten la falta de idoneidad o capacidad de aquélla para seguir desempeñándola, siendo la medida acordada contraria a la propia estabilidad afectiva de la menor, al separarla de la madre a tan corta edad. Esta Sala, en contra de la opinión expresada por la recurrente, considera que la decisión adoptada en torno a la atribución de la custodia de Eva Marie es razonable, encontrándose suficientemente motivada, acogiendo la recomendación o conclusiones que se recogen en el informe emitido por la psicóloga adscrita al Decanato de los Juzgados de Toledo (folios 96 y ss.) sin que, por otro lado, el interés de la hija menor justifique claramente la modificación de tal situación por todas y cada una de las razones que en aquél se indican al que nos remitimos expresamente en aras a evitar reiteraciones.

RÉGIMEN DE VISITAS

No pueden concederse visitas el día de Reyes por los continuos enfrentamientos entre los padres. Además pueden organizarse para que sus hijos reciban los regalos cuando estén en su compañía al disponer tradicionalmente de dos fechas para la entrega de regalos.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Felipe Peñalba Otaduy**

Sí entiende la Sala justificada la pretensión de la Sra. Delia en relación al régimen de visitas los días de Reyes y Olentzero. El desarrollo del régimen de visitas esos días ha dado lugar a lugar a conflictos con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio como consecuencia de su interpretación, llegando a suscitarse la controversia de si el progenitor en cuya compañía se encuentran los menores en dichas fechas puede o no abandonar San Sebastián, con la evidente limitación que ello supone para él, con el fin de garantizar que el otro progenitor pueda pasar la tarde con ellos. El establecimiento de un régimen de visitas en supuestos excepcionales como el planteado precisa que entre ambos progenitores exista una relación lo suficientemente fluida

y normalizada para que el mismo no se convierta en motivo de desencuentros y se desarrolle sin perturbaciones para los menores, que resultan perjudiciales para ellos. En el caso de autos es evidente que la situación de enfrentamiento entre ambos progenitores no facilita las cosas y, por otra parte, no se advierte que exista una necesidad en los menores, que cada vez se van haciendo más mayores (ya cuentan con 7 años), que haga preciso que esos dos días en que reciben regalos mantengan la relación con ambos. Además, los progenitores pueden organizarse, al disponer de dos fechas, para que sus hijos reciban los regalos cuando están en su compañía. Por todo lo cual, procede estimar el recurso de apelación en este extremo.

La pretensión de la madre de que la entrega y recogida del menor sea en el punto de encuentro es un intento más de judicialización de la vida familiar olvidando que los progenitores deben realizar todos los esfuerzos posibles para conseguir y mantener el equilibrio emocional y afectivo del hijo, máxime cuando el régimen de visitas comenzará recogiendo el padre al menor a la salida del colegio.

AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Brualla Santos-Funcia**

Debemos señalar en último lugar que la pretensión de la recurrente de que la entrega de la menor al padre para el ejercicio de su derecho de visitas se lleve a cabo en el punto de encuentro presupone por una parte como se solicita un intento de judicialización más por la parte recurrente en el que se desconoce el derecho superior de la menor a que por parte de sus progenitores se lleven a cabo todos los esfuerzos para mantener y conseguir su mejor equilibrio emocional y afectivo, no sólo a fin de atender sus necesidades de alimentos y económicas, lejos de las vindictas que por el desencuentro de sus propios padres éstos tengan entre sí y por

otra parte que la entrega en el punto de encuentro llevaría a situaciones ajenas a toda lógica en cuanto se ha acordado el derecho del padre a tener en su compañía a la hija común desde la hora de salida del centro escolar los miércoles y los viernes (alternos), siendo de esperar de los profesionales que han venido asesorando a los litigantes en la causa les expliquen cuáles son no sólo sus derechos sino también sus obligaciones respecto de la hija y la responsabilidad en que pueden incurrir por el incumplimiento de éstas o por el ejercicio inadecuado de sus derechos, así como de la obligación de acatar en todos sus extremos lo resuelto en este juicio.

En atención a la falta de relación de los abuelos con la nieta sólo se fija una comunicación telefónica.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

El artículo 160 del CC recoge el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, derecho que puede impedirse si concurriera justa causa, y que el juez deberá analizar atendiendo a las concretas circunstancias y por tanto lo primero que debe analizarse es si en el caso presente tiene justificación la oposición de los demandados a que su abuela se relacione con su nieta. La sentencia que se recurre considera que tras valorar la prueba, y en concreto el informe del equipo psicosocial, concurre justa causa para impedir ese derecho de relación entre abuela y nieta; ese informe concluye que existe gran falta de comunicación entre los miembros de

esta familia, y que forzar un régimen de visitas abuela-nieta sería perjudicial para la pequeña; la contundencia de ese informe justifica la decisión que se ha establecido en la sentencia, pues es evidente que no resulta acorde con el interés del menor, fijar un régimen de visitas con estas premisas, y con una situación familiar complicada, la cual está perfectamente constatada, hay una falta de relación entre los padres de la menor y la abuela, lo que evidencia la existencia de problemas, que impiden el normal desarrollo de ese derecho de relación en los términos pedidos por la abuela; no obstante y aunque no proceda una relación amplia con la nieta, no

parece que una relación telefónica entre aquellas pueda afectar o incidir negativamente en la menor, y sí puede mantenerse una mínima relación que en el futuro puede ser posible se pueda ampliar; decimos que una breve conversación con la abuela, que se produce desde el ámbito familiar en que reside la menor, y siempre que se produzca aquélla con la naturalidad lógica entre una abuela y su nieta, no hay motivo para que no se efectúe, fijándose y detallándose cómo debe desarrollarse; y en atención a ello se establece una mínima relación telefónica entre la apelante y su nieta, de dos días a la semana en el teléfono del domicilio familiar jueves de 18 horas a 18,15 horas y domingo de 11 horas a

11,15 horas, y sin que este horario deba entenderse en forma rígida, por lo que si no se ha podido comunicar en alguno de los momentos, se pueda realizar en otro momento; la finalidad es que se mantenga una mínima relación, que no régimen de visitas que es lo que no considera adecuado el equipo psicosocial, que posibilite a la abuela hablar con la menor, y a mantener la relación con su abuela; se debe evitar que en su desarrollo se produzcan problemas innecesarios, por lo que los padres deberán también implicarse en que se desarrolle de forma adecuada esa relación. Procede revocar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Se impone a la madre la obligación de entregar y recoger a los menores al inicio y fin de los contactos, en el aeropuerto de Málaga cuando así lo requiera el padre, y la de sufragar los costes de los billetes de viaje de los menores en un fin de semana al mes y en todos los períodos vacacionales en que viene prevista en el régimen de visitas la estancia de los niños con el padre, ya que si la madre varió de domicilio por suponerle ello ventajas económicas y laborales, y disponiendo de recursos suficientes, bien puede asumir los costes que nos ocupan sin grandes sacrificios.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández

A la luz de lo expuesto, y atendidas las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, es factible anticipar la procedencia de la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución disentida, que es en todo correcta, como conforme al ordenamiento jurídico y a los criterios jurisprudenciales antes expuestos, habiéndose dado en la disentida prevalencia a los superiores intereses de los niños.

Impone la Juez *a quo* a D.^a Aurora la obligación de entregar y recoger a los menores al inicio y fin de los contactos, en el aeropuerto de Málaga cuando así lo requiera el padre, y la de sufragar los costes de los billetes de viaje de los menores en un fin de semana al mes y en todos los períodos vacacionales en que viene prevista en el régimen de visitas la estancia de los niños con su progenitor masculino, postulando aquélla se deje sin efecto este pronunciamiento.

Aquí también se comparte, suscribe y hace propio el criterio de la Juzgadora *a quo*, plenamente coincidente con el del Ministerio Fiscal, cuyos argumentos seguimos por su sensibilidad para con la concreta situación, al expresar que esta medida primera garantiza la continuidad en el cumplimiento del régimen de visitas, evitando se produzca una ruptura de la relación paterno-filial, con el consiguiente perjuicio serio que de ello derivaría para los menores, que precisan de la referencia de este progenitor para su desarrollo y estabilidad en todo orden, impidiendo interrupciones como las producidas en un pasado, vinculando así a la madre que impuso un cambio domiciliario y estableció distancias. Con ello se fomenta el afecto hacia la figura paterna, facilitando la relación, al contemplarse la posibilidad de que la entrega y recogida de los menores se verifique en Málaga, previo requerimiento, en el aeropuerto de dicha localidad.

Es igualmente acertada la decisión de la Juzgadora de imponerla la obligación de satisfacer los billetes de viaje de los niños, resultando por completo indiferente a los efectos que nos ocupan, la posibilidad de que los menores puedan viajar gratuitamente en la compañía aérea para la que el padre presta sus servicios, con el consiguiente ahorro del coste, toda vez que no puede quedar condicionado el desarrollo del régimen de contactos a que el progenitor vuele o no en una determinada compañía, o a que se disponga de plaza en el vuelo de ida y vuelta, viernes y domingos en Air Europa, pudiéndose realizar los desplazamientos en otros medios de transporte, como puedan ser el AVE, o volando con otra compañía aérea.

En efecto, si las circunstancias son propicias, podrán las partes beneficiarse de descuentos y gratuidad de los viajes, más, de no ser ése el caso, habrá de hacerse descansar en su sentido común la decisión de cómo coordinar los medios de transporte para la efectividad de las comunicaciones paterno-filiales.

Por lo tanto, se han conjugado todos los factores en juego, y es correcta y adecuada para lo sucesivo la medida de la que se disiente, con la que se han cohesionado todos los intereses dando prevalencia a los superiores de los niños frente a los de sus progenitores, por lo que es conforme al artículo 94 del Código Civil, sin que se advierta razón para variar el criterio objetivo de la Juez *a quo*, por el subjetivo e interesado de la parte, pues es lo procurado que el cambio introducido por la madre produzca la mínima afectación de la relación paterno-filial y de los menores, cuyo superior interés, reiteramos, es el que se protege con el sistema de visitas, y que

está por encima de la comodidad, conveniencia, parecer particular o acomodo de los padres.

Todo ello en el bien entendido que no es dable quedarse en la semántica, de concurrir otros factores que justifiquen diversos criterios de desarrollo, a lo que ahora no podemos responder, pues dependerá en exclusiva de la casuística, y, claro está, sin perjuicio de los pactos que alcancen las partes en beneficio de Álvaro y Lucía, propios hijos comunes.

Por lo demás, si la progenitora femenina varió de domicilio por suponerle ello ventajas económicas y laborales, y disponiendo de recursos suficientes, bien puede asumir los costes que nos ocupan sin grandes sacrificios, máxime cuando éstos vienen limitados a un solo fin de semana al mes, y a los períodos vacacionales.

Para concluir, se ha de indicar que al afectarse por la cuestión planteada a menores, nos encontramos en presencia de materia de orden público, *ius cogens* o derecho necesario, en la que es factible a la Juzgadora adoptar en interés y beneficio de los niños las medidas adecuadas para ellos, sin venir vinculada por el rigor de los principios dispositivo y de rogación (artículo 216 de la LEC), y sin incurrir en incongruencia alguna, ultra o *extra petita*, habida cuenta el conocido aforismo doctrinal *da mihi factum, dabo tibi ius*, que se contiene en el artículo 218 de la LEC, al facultar al Tribunal, sin apartarse de la *causa petendi*, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas acertadamente por los litigantes.

El régimen intersemanal de visitas debe permitir al menor realizar las actividades extraescolares deportivas y formativas (inglés) que tiene programadas en los días en que aquél se ejerza, pues de no realizarse aquéllas con regularidad podrá entenderse que la actuación del progenitor no custodio no lo es en beneficio e interés del menor y podrá acordarse una modificación de la medida.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández

Respecto a la petición de supresión de las visitas intersemanales cabe anticipar que: «es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del Código civil (artículos 92, 93, 94, 103.1.ª, 150 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores; y su beneficio, la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales» (STS de fecha 27 de marzo de 2001), así como que «el régimen de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos...» (STS de fecha 9 de julio de 2002).

En el presente caso resulta como la S. dictada por esta Sección al resolver el recurso contra la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado se acordó la ampliación del régimen intersemanal de visitas estableciéndolo en 2 días en la se-

mana en que no corresponde la visita de fin de semana y uno en la que corresponde éste.

El padre se opone a la reducción de este régimen aunque sí se constata la excesiva falta del hijo menor a ciertas actividades extraescolares (inglés o judo) que no se encuentran justificadas, alegando el demandado su falta de conocimiento y no haberlas consentido.

Lo cierto es que el régimen intersemanal de visitas debe permitir al menor realizar las actividades extraescolares deportivas y formativas (inglés) que tiene programadas en los días en que aquél se ejerza, pues de no realizarse aquéllas con regularidad podrá entenderse que la actuación del progenitor no custodio no lo es en beneficio e interés del menor y podrá acordarse una modificación de la medida. Ahora bien constando en autos el propio impedimento de la parte actora para que aquéllas se ejerzan (Auto de AP de 4 de mayo de 2010) y conocidas ya esas actividades por el padre, deberá éste procurar su cumplimiento bajo apercibimiento de que de no hacerlo justificadamente podrá reducirse el régimen intersemanal de visitas que viene aprobado.

La tensa situación aconseja la suspensión del régimen de visitas del padre con su hija de 14 años, pero sometiendo a ambos a tratamiento con la finalidad de recuperar la relación paterno-filial.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Mígueles del Río**

La parte recurrente, Sra. Patricia, alega en su escrito de apelación que la resolución recurrida infringe el artículo 348 de la LEC, al no valorar el informe pericial del Equipo Psicosocial de Palencia según las reglas de la sana crítica y por reproducir la conclusión de la trabajadora social.

La única pretensión que ejercita la apelante se refiere a que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, dejando sin efecto las visitas y comunicación paterno-filial establecidas a favor del apelado-demandado con su hija menor Clara.

Por su parte, el apelado Sr. Gustavo se opone al recurso de apelación interpuesto y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

Desde luego, lo primero que debemos tener en cuenta es que en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia acuerda la suspensión del derecho de las visitas entre Gustavo y su hija menor, de 14 años de edad, Clara, pero sometiendo tanto a los padres como a la menor a tratamiento por parte de los Servicios de Salud Mental de esta ciudad con la finalidad de poder recuperar la relación entre el padre y su hija menor.

Así las cosas, es evidente que para resolver el recurso de apelación interpuesto se deben ponderar todas las circunstancias en juego y se debe tener muy presente el supremo interés y beneficio de la menor, principio recogido en la

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas de fecha 20 de noviembre de 1959, que en su artículo 2.º dice que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad y que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño, mientras que en el artículo 7.º, párrafo 2, señala que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. En el mismo sentido podemos citar el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de octubre de 1989, el artículo 39 de la Constitución Española, en el artículo 2 de la LO de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996 donde se dice que en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y en el artículo 92 del Código Civil, en relación con los artículos 93, 94, 103, 154, 158 y 159 de la misma norma. Este criterio es también acogido de manera reiterada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que resalta esa prevalente protección del interés de los menores (SSTS 31 de diciembre de 1982, 2 de mayo de 1983 y de 12 de febrero de 1992).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la menor Clara ha manifestado que no desea mantener derecho alguno de visitas con su padre y apela. La razón de esta postura de la menor respecto a su padre se determina en el informe emitido por el Equipo Psicosocial del Juzgado Decano de Palencia, donde se indica que desde la separación de sus padres, en el año 2000 y cuando la niña tenía 4 años de edad, la menor queda bajo el cuidado cotidiano de la madre realizándose las visitas paterno-filiales de forma normalizada y estructurada, pero poco a poco las relaciones van deteriorándose por la judicialización del conflicto, por las continuas denuncias entre ellos, solicitudes de cambios de guarda y custodia, etc. Todo ello contribuyó a un alejamiento

entre el padre y su hija hasta llegar a la ruptura definitiva entre ellos, manteniendo ahora la niña una percepción negativa respecto a su padre y a la familia externa paterna, recordando momentos y hechos del pasado valorados por la menor como negativos, manteniendo que fue agredida, insultada, amenazada y una actitud extrema de rechazo hacia la figura paterna.

Dicho esto, debemos también señalar algo obvio y es que el contacto de la niña con el padre no custodio, exige una colaboración de ambos progenitores que esté presidida por el principio de la buena fe, especialmente sobre la que tiene a la menor bajo su guarda y custodia para facilitar y hacer efectivo el derecho de visitas entre la hija y su padre, evitando cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio. Ahora bien, el derecho de visitas no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio de la menor más allá de las apetencias personales de sus padres en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

El derecho de visitas entre el padre y su hija debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar de la menor, precisamente por ello el Legislador ofrece al Juzgador amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación, convivencia y visitas, y para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para la menor. Tal decisión judicial es siempre eventual y no definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales.

Conforme a la doctrina indicada, la Jueza de Primera Instancia ha valorado las pruebas practicadas, especialmente los informes emitidos por el Equipo Técnico de Aprome y por el Equipo Psicosocial, y ha alcanzado la lógica conclusión de que, para el interés de la menor, es conveniente que tanto los progenitores como su hija reciban tratamiento por parte de los Servicios de Salud Mental de Palencia y, todo

ello, por considerar que es beneficioso para su bienestar emocional o, al menos, intentar solucionar y normalizar las relaciones con su padre deterioradas más que por la convivencia entre ambos por las circunstancias concurrentes derivadas del proceso de separación judicial de sus padres. Por lo tanto, no apreciamos en la resolución recurrida infracción alguna del artículo 348 de la LEC puesto que la apreciación de la prueba pericial queda al criterio del Juez y, en el caso objeto de autos, no sólo no consta que se haya valorado arbitrariamente sino que se ha sujetado a las reglas de la sana crítica y en interés exclusivo de la menor. Por otro lado, no es cierto que la niña sufra ansiedad o estrés o que se le someta a una medida coactiva, ni mucho menos, ya que presenta un nivel social y familiar positivo y un rendimiento escolar satisfactorio, sin que el mero hecho de someterse a tratamiento para tratar de superar el conflicto que mantiene con su padre derivado de las circunstancias que han rodeado la separación matrimonial, suponga o pueda suponer una situación emocional

perjudicial para la menor, cuando precisamente el único interés que se persigue es buscar su bienestar emocional derivado de las relaciones con su padre, cuya figura, no lo olvidemos, es necesaria para la menor y lo que se pretende es evitar el perjuicio que a la niña acarrearía al verse privada de la referencia paterna que es precisa para la adecuada consecución de estabilidad familiar, personal, social, escolar y de todo orden de la niña. Por supuesto, no se trata de vulnerar aquí la voluntad de la menor, sino de hacer lo posible con finalidad de que pueda llegar a normalizar las relaciones con su padre, por esta razón consideramos que el sometimiento al referido tratamiento por parte de profesionales en la materia se ha acordado en el exclusivo interés de la menor y que merece la pena intentar solucionar el conflicto existente por la importancia y relevancia necesarias que para la hija tiene la figura del padre, por supuesto sin perjuicio del resultado del tratamiento y de la resolución que, en consecuencia, pueda dictarse.

Las visitas tendrán lugar en España de suerte que será la madre quien deberá preavisar al padre al menos con 72 horas de antelación de los vuelos concretos en los que se desplazará a Sevilla, donde reside en la actualidad el padre. Los gastos que se ocasionen en el ejercicio del régimen de visitas serán satisfechos en su integridad por la madre por cuanto ha sido la que con su comportamiento ha motivado la necesidad de modificar el régimen preexistente.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Fernández Alonso**

El cambio del lugar de residencia del menor sí debe ser tenido en cuenta para modificar el régimen de visitas en su día establecido, pues la distancia geográfica entre padre e hijo lo hace inviable o, al menos, sumamente gravoso y costoso para el progenitor no custodio recurrente, cuestión que analizaremos seguidamente.

La sentencia recurrida establece un régimen de visitas que para el año 2011 consiste en: el primer fin de semana de cada mes, desde el viernes por la tarde, o el jueves por la tarde si tal día fuese festivo, hasta el domingo por la tarde

o hasta el lunes si tal día fuera festivo, siete días en Navidad y cuarenta y cinco en verano, eligiendo en caso de discrepancia el padre los años pares y la madre los años impares. Las visitas de fin de semana tendrán lugar en Alemania y en las restantes el padre podrá desplazarse a España con la menor.

Los gastos que ocasione el ejercicio del citado régimen de visitas serán satisfechos en su integridad por el Sr. Gabriel.

También establece que: el padre podrá comunicarse telefónicamente con su hijo dos ve-

ces a la semana en horario que no interfiera las actividades cotidianas del niño.

Consideramos que dicho régimen debe ser mantenido si bien con la modificación consistente en que las visitas tendrán lugar en España de suerte que será la madre quien deberá preavisar al Sr. Gabriel al menos con 72 horas de antelación de los vuelos concretos en los que se desplazará a Sevilla, donde reside en la actualidad el padre, a traer al menor. Los gastos que se

ocasionen en el ejercicio del régimen de visitas serán satisfechos en su integridad por la Sra. Rosalía. Ello por cuanto, ha sido la madre la que con su comportamiento ha motivado la necesidad de modificar el régimen preexistente, con la consiguiente reducción de los contactos físicos entre padre e hijo y el correlativo encarecimiento que supone llevar a cabo el nuevo que debe recaer íntegramente en quien lo motivó, con su traslado irregular a otro país.

VIVIENDA FAMILIAR

Es abusiva la petición de la esposa de que se atribuya a ambos esposos el uso de la segunda vivienda que actualmente es ocupada por el esposo dado que es prioritario garantizar a ambos esposos una primera residencia.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Arabela Carmen García Espina**

Contra la Sentencia que declara disuelto por divorcio el matrimonio formado por D.ª Carmen y D. Ezequiel, atribuyendo a la esposa el uso de la vivienda sita en la c/ CALLE000 n.º NÚM000, NÚM001 NÚM002, y al esposo el uso de la vivienda sita en la localidad de San Millán de Juarros (Burgos) AVENIDA000 n.º NÚM003; debiendo abonar cada uno de los esposos la mitad de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda de Burgos, atribuyendo también al esposo el uso del vehículo familiar Audi 3, formula recurso de apelación la parte actora D.ª Carmen solicitando: 1.º que se atribuya la ocupación temporal de la vivienda de San Millán de Juarros a ambos esposos por cuatrimestres a fin de que ambos disfruten del período veraniego y del resto de fechas vacacionales, en años alternativos; conllevando la atribución de la vivienda familiar por temporadas a cada cónyuge, igualmente la atribución del vehículo familiar; y 2.º que se establezca una pensión compensatoria a favor de la recurrente de 750 euros mensuales.

Perteneciendo a la sociedad de gananciales las dos viviendas, según reconocimiento de los litigantes en sus respectivos escritos; así la vi-

vienda de Burgos capital, donde residió el matrimonio hasta que D. Ezequiel abandonó el domicilio conyugal en febrero de 2009 pasando a residir a la otra vivienda del matrimonio, vivienda unifamiliar, situada a 11 km en San Millán de Juarros; teniendo necesidad ambos esposos de un lugar donde residir, lo lógico es atribuir a cada esposo el uso de una vivienda.

La pretensión de la esposa de que se le atribuya a ella la vivienda de Burgos, y por temporadas a ambos esposos la vivienda de San Millán, es abusiva y carece de toda justificación.

Ciertamente la vivienda de San Millán era utilizada por el matrimonio como segunda residencia, para fines de semana y períodos vacacionales, pero producida la ruptura del matrimonio, es prioritario garantizar a ambos esposos una primera residencia y la distribución que hace la Sentencia es la lógica, la vivienda de Burgos, próxima a la Peluquería que regenta D.ª Carmen, para ésta, que, además, no tiene carné de conducir; y la vivienda de San Millán para D. Ezequiel, que se encuentra jubilado y además no conduce. Teniendo en cuenta que San Millán de Juarros, se encuentra a 11 km de Burgos, lógico es atribuir también a D. Ezequiel el vehículo familiar.

Los beneficiarios de la atribución del uso son en la actualidad mayores de edad y totalmente independientes de sus progenitores, debiendo tenerse en cuenta que se trata de una vivienda adjudicada en arrendamiento especial y en exclusiva por su condición de militar al esposo, por lo que se deja sin efecto la atribución acordada en la sentencia de separación.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

El domicilio familiar no puede ser otro que aquel en el que a la sazón, en el momento de la crisis, se reside por la familia, independientemente de su naturaleza privativa, ganancial o mixta, se efectúa tan sólo a fines de mero asentamiento tras la ruptura, siempre con carácter temporal, y sin conferir al beneficiado con el mismo superiores derechos a los que deriven del título de ocupación.

En el supuesto concreto que se enjuicia, la vivienda familiar, propiedad del Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS en lo sucesivo), se ocupa en régimen de arrendamiento concertado a 25 de agosto de 1978 por D. Mario, en su condición de militar, habiéndose en sentencia de separación atribuido el uso de la misma a los hijos comunes, entonces menores de edad, y a la madre en su calidad de tal, por aplicación de lo dispuesto en el mencionado artículo 96 del Código Civil, al constituir a la sazón el núcleo materno el interés necesitado de mayor protección.

Los beneficiarios de aquella asignación son en la actualidad mayores de edad y totalmente independientes de sus progenitores.

Han transcurrido nada menos que 21 años desde la fecha de la separación de hecho, ningún vínculo une hoy a estos dos litigantes, y no puede olvidarse el origen y naturaleza de la ocupación de la vivienda familiar, propiedad del INVIFAS, ajena por completo a D.^a Estela, puesto que, como se ha dicho, fue adjudicada al actor en régimen de arrendamiento especial, y en exclusiva por su condición de militar, la que no ostenta ella.

Tenemos en consideración que D.^a Estela desarrolla actividad laboral estable, y ésta le reporta ingresos suficientes para procurarse su propio sustento, así como alojamiento en in-

mueble digno, de semejantes condiciones a las del familiar, por más que el salario del ex esposo sea superior; no presenta aquélla problemas de salud, o al menos otra cosa no aflora a la causa, y no le consta necesidad perentoria de dar cobertura a la propia de vivienda precisamente la que nos ocupa.

Por todas estas razones, estimamos que hoy por hoy el inmueble sito en La Colonia Militar El Goloso, número 56, de Madrid, ha de quedar fuera del proceso de divorcio, y del derecho restringido de familia, sin incurrir en excesos por extensión y en perjuicio de los derechos que pueda tener el recurrente a ocupar la vivienda en cuestión, o incluso en su caso, a adquirirla él mismo, lo que, de perpetuar el uso atribuido en la sentencia de separación, le vendría vedado, al resultar ello incompatible con la simultánea disposición de dos viviendas en régimen de arrendamiento especial, en un momento de ausencia de menores no independizados a proteger.

Consecuentemente con lo expuesto, consideramos atendible la pretensión de D. Mario, y procedente la estimación del recurso deducido por éste, para dejar sin efecto, como se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución, la atribución de uso llevado a cabo en la sentencia de separación de 17 de abril de 1990 a favor de los hijos comunes de los litigantes y de su progenitora custodio, con revocación parcial de la disuelta, si bien concediendo a D.^a Estela, cuyo recurso en consecuencia ha de ser desestimado, el plazo prudencial de 2 meses, a computar desde la fecha de notificación de la presente resolución, para que se procure vivienda en la que dar cobertura a la propia necesidad de alojamiento.

Y ello por cuanto no concurren ya los presupuestos de interés necesitado de mayor pro-

tección en que se basa el artículo 96 del Código Civil, ni se aprecia circunstancia alguna que haga aconsejable a la ex esposa la atribución, criterio este que se ha seguido por la Sala en supuestos semejantes al de autos, Sentencia, entre otras, de 11 de octubre de 2006.

Para concluir, dados los términos del suplico del escrito generador del proceso, no ha lugar a otros pronunciamientos que pudieran considerarse deducidos en el de recurso, en cuanto en éste se ha producido una alteración inadecuada y extemporánea de la litis.

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por la madre contra las dos hijas mayores para que abandonen el domicilio que aquélla ocupa en virtud de un contrato de arrendamiento.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente**

Recurren en apelación las demandadas, D.ª Virtudes y D.ª Carmela, la Sentencia que, en primera instancia estima la demanda interpuesta contra ellas por su madre, D.ª Lorenza, en ejercicio de acción de desahucio de vivienda por precario, y condena a ambas demandadas a abandonar la vivienda que ocupan, sita en el piso NÚM000, letra NÚM001, del inmueble n.º NÚM002 de la AVENIDA000, de Gijón, con apercibimiento de lanzamiento si no la desalojan, dejándola libre, vacua, expedita y a la entera y exclusiva disposición y uso de la demandante, dentro del término legalmente establecido, todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

En su recurso, reproducen las apelantes los mismos motivos que adujeron en la primera instancia para oponerse a las pretensiones de la actora, es decir, que no hay situación de precario, pues la demandante no ha sido desposeída de la posesión de la vivienda, puesto que sigue viviendo en ella junto con las demandadas; que las demandadas no son precaristas, puesto que no poseen por mera liberalidad de la demandante, sino porque tienen derecho a vivir en el piso dado que su madre tiene obligación de procurarles habitación, al no ser ellas independientes económicamente de sus progenitores; que ellas han convivido con su madre en la vivienda de que se trata, que disfruta la demandante en régimen de alquiler, desde que se celebró el contrato de arrendamiento, habiendo firmado las demandadas documentación para la

obtención de ayudas al alquiler de la Empresa Municipal de la Vivienda; y, en fin, que a la demandante le fue atribuida la guarda y custodia de las demandadas en Sentencia firme de divorcio, y aunque son ahora mayores de edad, no son independientes económicamente, y la estimación de la demanda supondría una modificación de aquella medida, que únicamente podría plantearse por el procedimiento de los artículos 775 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decíamos en Sentencias de 24 de octubre de 2008 y 22 de diciembre de 2009 que el concepto de precario se extiende a cuantos sin pagar renta o merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1958, 30 de octubre de 1986 y 31 de enero de 1995), o, como expresa la Sentencia de la Sección 5.ª de esta Audiencia Provincial de Asturias (con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1945, 20 de octubre de 1949, 22 de octubre de 1953, 10 de enero de 1964 y 27 de octubre de 1967), consiste en la ocupación de una cosa ajena sin título, o en virtud de un título nulo o que haya perdido su validez, es decir, sin que medie renta o cualquier otra contraprestación, ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del dueño, de cuya voluntad dependerá el poner fin a su propia tolerancia.

Pues bien, esa y no otra es la situación que se da en el presente caso, pues la demandante tiene un indiscutible derecho a la posesión plena y no compartida de la vivienda, que le otorga el contrato de arrendamiento suscrito con la propietaria el 27 de noviembre de 2008, mientras que las demandadas, ahora apelantes, no han probado, como veremos, tener título alguno que les legitime en su posesión, por lo que ocupan la vivienda por mera tolerancia de su madre.

Sostienen las apelantes que no hay situación de precario, puesto que su posesión no es incompatible con la de su madre, dado que vienen conviviendo las tres en la vivienda arrendada desde que se concertó el contrato de arrendamiento.

El artículo 250.1.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que «pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario, o cualquier persona con derecho a poseer dicha finca» (el subrayado es nuestro), por lo que tienen perfecta cabida en la acción de desahucio por precario aquellos supuestos en que actor y demandado conviven en el inmueble, pero sólo aquél tiene título para poseer, quiere recuperar la plena posesión del inmueble, y cesar en la posesión compartida que hasta ese momento venía tolerando, por querer cesar en la convivencia, cuando ésta no le viene impuesta por la Ley ni por resolución judicial (ver Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 8 de junio de 1999 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 30 de noviembre de 1999).

Niegan las apelantes tener la condición de simples precaristas, por entender que su posesión no está amparada por la mera liberalidad de la demandante, sino porque tienen derecho a vivir en el piso dado que su madre tiene obligación de procurarles habitación, al no ser ellas independientes económicamente de sus progenitores.

Para desestimar este motivo basta con decir que lo que están oponiendo las apelantes a la actora es su derecho a percibir alimentos de ella, y si bien es cierto que según el artículo 142 del Código Civil, el derecho de alimentos com-

prende lo necesario, entre otras cosas, para la habitación del alimentista, ello no significa que el alimentante tenga que prestar los alimentos necesariamente manteniendo en su casa al que tiene derecho a ellos, pues el artículo 149 reconoce al obligado a darlos —no al que tiene derecho a percibirlos— la opción de prestarlos en esa forma, siempre que no contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. Y en el presente caso, la demandante no desea mantener esa convivencia porque las demandadas abandonaron los estudios hace años, no acreditan estar buscando trabajo, no contribuyen a los gastos de la casa y las tareas del hogar, y la relación con ellas se ha ido deteriorando progresivamente. Y además el deber jurídico de convivencia cesó para la madre desde el momento en que las hijas alcanzaron la mayoría de edad.

Alegan también las apelantes, como fundamento de su oposición al desahucio, que su madre les solicitó la firma de determinada documentación, para acceder a las ayudas al alquiler que proporciona la Empresa Municipal de la Vivienda, pero lo cierto es que ese solo hecho no las convierte en coarrendatarias, ni les otorga título alguno para permanecer en la vivienda, puesto que el contrato de arrendamiento lo firmó única y exclusivamente su madre, y ni siquiera consta que las hijas hayan contribuido con dinero propio al pago de la renta o a sufragar los gastos de la vivienda, todo ello sin perjuicio de que la madre pueda perder las ayudas obtenidas, una vez que dejen de convivir en el piso las hijas.

Consta en autos que la demandante y su esposo (padre de las demandadas) se divorciaron por Sentencia de fecha 9 de mayo de 1991, cuando las hijas eran aún menores de edad, y en dicha Sentencia se mantuvieron las medidas acordadas en la previa Sentencia de separación dictada el 2 de diciembre de 1989, en la que se aprobó el Convenio aportado por los cónyuges, en el cual se atribuía a la madre la guarda y custodia de las hijas, pero ni a aquélla ni a éstas se les atribuía el uso de vivienda alguna, y en la liquidación de los gananciales, que se hacía en el propio Convenio, se atribuyó al esposo la plena propiedad de la vivienda que constituía el

único bien a incluir en el activo de la sociedad, a cambio de asumir éste todas las deudas de la sociedad, y de pagar a la esposa una determinada cantidad de dinero.

Pues bien, cuando la demandante firmó el contrato de arrendamiento de la vivienda en la que actualmente reside con sus hijas —27 de noviembre de 2008—, éstas eran ya mayores de edad —tenían 25 Virtudes y 21 años Carmela—, y es obvio que entonces no ostentaba ya la demandante ningún deber jurídico de guarda y custodia para con ellas, ni pueden éstas pretender tener derecho propio a vivir en el piso arrendado por su madre, derivado de las medidas adoptadas en la Sentencia de divorcio, en la que, como hemos visto, no se hacía a su favor

atribución de un derecho de uso sobre vivienda alguna, y menos aún sobre la que constituye el objeto del pleito, por lo que no se puede sostener con un mínimo de rigor, que para proceder al desalojo de las hijas de la vivienda que actualmente ocupan, haya de acudirse a un procedimiento de modificación de medidas, todo ello sin perjuicio de que si las apelantes estiman que tienen derecho a percibir alimentos de su madre, se los puedan exigir en el procedimiento que corresponda, previa acreditación de que no están en condiciones de procurarse el sustento por sus propios medios, pero lo que no pueden hacer es obligarla a soportar una convivencia no deseada, y a la que no está actualmente obligada por ley ni por resolución judicial.

No puede declararse extinguido el uso de la vivienda que se acordó vitalicio pues se estableció como compensación del artículo 1438 del CC y no como pensión compensatoria, por lo que no resultan de aplicación las causas de extinción del artículo 100 del CC.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

La pensión del artículo 1438 del Código Civil se trata de una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, específicamente regulada en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que puede determinar este régimen económico, especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar.

Esta especial naturaleza dota a dicha previsión legislativa de autonomía propia respecto de la llamada pensión compensatoria que contempla el artículo 97 del Código Civil.

Así, pese a que ambos preceptos —97 y 1438— parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión «dedicación a la familia» es equivalente a la de «trabajo para el hogar»)

el fundamento de una y otra es distinta en esencia.

La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada, sino también, en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda, esencialmente, en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial.

En este sentido la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en desequilibrio en relación con la situación que gozaba en el matrimonio.

En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis familiar puede generar para uno de los

cónyuges, sino exclusivamente en la función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación, hasta la extinción del mismo.

Establece el artículo 1438 del Código Civil que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Una exégesis del mentado precepto permite constatar que, en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes, el trabajo para la casa tiene una doble significación jurídica. A saber:

— Se computa como contribución a las cargas del matrimonio durante la vigencia del régimen de separación de bienes;

— Confiere derecho a obtener una compensación, producida la extinción del régimen de separación de bienes.

Esta compensación tiene naturaleza económica y responde a la necesidad de suavizar el tratamiento que el régimen de separación de bienes confiere al cónyuge que se dedica a las tareas domésticas, puesto que no participa de las ganancias que el otro cónyuge obtiene con su actividad laboral o su ocupación profesional. En el plano doctrinal se ha afirmado que constituye una especie de «salario diferido» que no guarda relación con la necesidad, salud, ni con la posición patrimonial del otro cónyuge previa a la implantación del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

En el terreno jurídico, es preciso deslindar la pensión compensatoria, prevista en el artículo 97 del Código Civil con carácter general para cualquier tipo de régimen económico matrimonial, de la compensación pergeñada en el artículo 1438 in fine del Código Civil, prevista para el régimen de separación de bienes.

La pensión compensatoria se configura como un derecho exógeno a las aportaciones y cargas del matrimonio, de un contenido estrictamente indemnizatorio y vinculado a la

presencia de un desequilibrio económico tras la crisis matrimonial institucionalizada en relación con la situación existente en el marco de la vigencia de la institución matrimonial.

La compensación económica prevista en el artículo 1438 del Código Civil constituye un instrumento jurídico para permitir que el cónyuge que ha trabajado en el hogar participe, una vez extinguido el régimen económico patrimonial de la separación de bienes, en los rendimientos económicos derivados de la actividad profesional o laboral del otro cónyuge. Su cuantificación se difiere a la autonomía de la voluntad de los propios cónyuges (acuerdo entre ellos). A falta de acuerdo, compete al juez su fijación.

Todo lo antes dicho revela el distinto carácter de una y otra pensión, sin que quepa confundirlas ni mezclarlas, al obedecer a causas distintas, y, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, por lo que aquí se refiere, los cónyuges en su día convinieron que las cantidades y derechos que recogía el apartado c) referentes al derecho de habitación —el derecho de habitación vitalicio— lo era por las compensaciones que pudieran corresponder a la esposa al amparo del artículo 1438 del Código Civil, sin referencia alguna a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, lo que impide la aplicación de las normas que a dicha clase de pensión afectan, en concreto el artículo 100 del Código Civil; en efecto, ninguna duda cabe de la simple lectura del convenio antes dicho, que los cónyuges pactaron no una pensión por desequilibrio en lo referente al derecho de habitación, sino una pensión al amparo del citado artículo 1438, y buena prueba de ello lo constituye el hecho de que en el último párrafo de dicha letra c) sí hacen ya referencia a una cantidad por desequilibrio —la de 300 euros—, revelando todo ello que los cónyuges pactaron separadamente los dos tipos de pensión: una a la luz del artículo 1438, la del derecho de habitación, y otra al amparo del artículo 97, la compensatoria de 300 euros, debiendo por ello confirmar íntegramente la sentencia de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Habiéndose otorgado la custodia compartida se atribuye el uso de la vivienda familiar durante 15 meses a la madre, debiendo posteriormente procederse a la venta del inmueble, utilizándose hasta entonces de forma alternativa por ambos cónyuges.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 21 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

La controversia acerca del uso de la vivienda conyugal lleva consigo el estudio de la finalidad perseguida por el legislador con la atribución del uso de dicha vivienda plasmada en el artículo 96 del Código Civil, que ha sido, y es, fuente constante de problemas para las partes, que, muchas veces se ven abocadas a penurias económicas, al ser imposible su mantenimiento, y a la que sólo se ven abocados por la falta de acuerdo sobre dicho extremo, pese a ser claramente perjudicial para los intereses, a veces, de ambos.

Llama, cuando menos, la atención el que los propios cónyuges puedan válidamente pactar en su convenio la venta de la vivienda por ser más beneficioso para sus propios intereses, sin que ni el Ministerio Fiscal ni el Juzgado opongan la más mínima objeción argumentando que, de esta manera, queda el menor sin vivienda, pues la pura lógica revela que el que los progenitores decidan vender la vivienda entonces vivienda familiar, no supone desprotección alguna para los hijos, y sí, por el contrario, el que todas las partes —progenitores e hijos— van a poder, de esta forma, tener cada uno su propia vivienda, bien comprada, bien alquilada; en efecto, si bien todas las parejas que se separan ven disminuidos sus recursos económicos, sin embargo la mayor parte de ellas lo ven hasta el punto de no poder seguir manteniendo un nivel de vida, a veces, ni siquiera aceptable o digno, dadas las numerosas deudas a las que, si bien juntos podían hacer frente, ahora resultará prácticamente imposible; siendo la parte más onerosa la correspondiente a la vivienda, lo que conlleva indagar sobre el verdadero interés del Legislador al plasmar el citado artículo 96 del Código Civil.

No puede obviarse, como argumento en favor de la interpretación del artículo 96 CC que aquí se propugna, el que propio artículo subordina su aplicación a la falta de acuerdo de los progenitores sobre el uso de la vivienda «En

defecto de acuerdo de los cónyuges» dice textualmente el Código, de modo que, como antes se decía, en caso de existir acuerdo de los cónyuges sobre el uso o destino de la vivienda familiar, es perfectamente posible atribuir el uso de la vivienda común o privativa al progenitor no custodio, o, inclusive, no atribuir el uso a ninguno de ellos si hubieren convenido su venta, siempre que quede debidamente garantizado el que los hijos tendrán una vivienda digna en la que vivirán.

Hace ya tiempo que los que se dedican a esta parte del derecho claman por una urgente necesidad de que se modifique a derecho de uso regulado en el citado artículo 96, pues partiendo de que debe protegerse siempre de forma prioritaria los intereses del menor, ello no obsta para que tal derecho quede perfectamente garantizado sin necesidad de mantener a ultranza la atribución del uso de la vivienda al citado menor.

Por ello, en las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Abogados de Familia ya se dijo que el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida, y en una de las conclusiones del III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se mantuvo que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe contemplarse como un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos, lo que dio lugar a que en el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se aprobase la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar: «5.^a a) Se propone la reforma del artículo 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias,

siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Cataluña.

La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

— La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.

— En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido».

Lo que trata de conseguir el citado artículo 96 es que los menores, caso de separación de sus progenitores, tengan asegurada una vivienda digna en la que habitar con el progenitor custo-

dio, sin que ello implique necesariamente tener que atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo menor, al ser perfectamente posible atender a tal derecho elemental proporcionándole otra vivienda, y la prueba evidente de ello lo constituye el hecho de que el Legislador lo condiciona a la falta de acuerdo entre los cónyuges, con lo que resultaría, por lo menos, paradójico e inexplicable, que 1.º los cónyuges, cuando viven juntos sí llevan consigo a los hijos a otra vivienda incluso en otra ciudad o país, 2.º que cuando se separan, si así lo estiman pertinente a sus intereses, —a los de ellos, los de los progenitores— vendan la vivienda y cada uno de ellos alquile o compre otra, llevándose consigo el progenitor custodio a sus hijos a la nueva vivienda, y 3.º que ello no pueda hacerse por la simple oposición de uno de los cónyuges, normalmente el custodio que sabe tiene a su disposición el uso de la vivienda sin necesidad de alquilar o comprar, pero sin pensar que muchas veces ello va a suponer una asfixia económica para ambos, y, en todo caso, siempre, para el no custodio de imposible mantenimiento, lo que debe llevar a buscar soluciones como atribuir dicho uso por un tiempo limitado, pasado el cual debe procederse a la venta, e, incluso, a su venta inmediata a fin de que de esta forma pueda cada progenitor acceder a su propia vivienda, garantizándose así también el derecho de los menores a una vivienda cualquiera que sea el progenitor con el que convivan.

Ello, además, hará posible la custodia compartida —cuando la misma sea beneficiosa para los menores—, pues, puestos a aplicar la rigidez de la norma del citado artículo 96, en los casos de custodia compartida como quiera que el uso de la vivienda es para los menores, en puridad habría que atribuir el uso de la vivienda conyugal a los hijos y a los progenitores de forma alterna en los períodos en que ostentasen la custodia, con lo cual 1.º sería, seguro, fuente de conflictos y 2.º cada cónyuge, para los períodos de tiempo en que no fuese el custodio, tendría que tener otra vivienda con lo cual serían tres, nada menos, las viviendas que habrían que tener dichos progenitores.

Ello no es, ni puede ser, lo querido por el Legislador, por lo que esta Sala estima que carece de la más pura lógica la aplicación e interpre-

tación rígida de dicho precepto y en consecuencia estima debe acordarse que deben proceder las partes a la liquidación de la vivienda, bien adjudicándosela uno de los esposos bien ven-

diéndola en un plazo de 15 meses, durante los cuales será usada por la madre, y transcurrido dicho plazo será usada alternativamente hasta su venta por ambos progenitores.

La vivienda se compró y restauró pensando en ser dedicada a futuro domicilio de la familia y por ello, aunque nunca haya constituido el domicilio familiar, se atribuye su uso a la madre y al hijo, debiendo tenerse en cuenta, por otro lado, que cuando aquéllos se trasladaron a vivir a ella existió un consentimiento tácito en su ocupación por parte del padre.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte actora-apelante aboga por un incremento de la pensión de alimentos y por la asignación, a favor del menor y de la progenitora custodia, del uso de la casa sita en la calle PLAYA000 n.º NÚM000 de Boadilla del Monte, Madrid, titularidad de D. Romeo, la cual es considerada por dicha parte como vivienda familiar. Comenzando, por razones de sistematica, por esta última cuestión, al ser la vivienda (habitación) una parte de la prestación debida por alimentos; considera la Sala oportuno comenzar recordando que la sentencia de instancia entendió, respecto de tal domicilio, lo siguiente: «Domicilio respecto del que ambas partes han reconocido, con ocasión de sus interrogatorios, que no llegaron a compartir, discrepando ambos litigantes sobre la condición del mismo. En este sentido, la Sra. María Inés indica que el domicilio fue adquirido cuando ella estaba embarazada de Romeo con la finalidad de contar con un domicilio en España. Mientras, el Sr. Romeo ha precisado que ese domicilio tuvo una finalidad inversora y que estaba destinado al negocio de alquiler de viviendas, puesto que siempre ha sido el de residir en Jerez. Sentada la controversia es lo cierto que a esta juzgadora no le ha quedado plenamente acreditada la condición de domicilio familiar, sin perjuicio de poder concederle la condición de segunda vivienda, en la medida que constante la relación de pareja el domicilio habitual de la misma vino delimitado por la condición de

futbolista profesional del Sr. Romeo. Así, mientras fue jugador del Getafe residieron en Madrid, cuando fue jugador del R.C.D. Mallorca residieron en LLucmajor, y al pasar a jugar para el Club Turco pasaron a vivir en Estambul con el nuevo hijo. Ciertamente, la Sra. María Inés ha indicado que debido al nacimiento del menor la intención de ella y del Sr. Romeo era la de que ella se estableciera junto con su hijo en el domicilio de Madrid. Sin embargo, ante la negativa del Sr. Romeo, entiende esta juzgadora que no ha quedado debidamente acreditada cuál era la voluntad de la pareja y ello pese a que D.ª María Inés tenía plena disponibilidad para acreditar esa afirmación, de conformidad con lo establecido en el artículo 217.7 de la LEC. En efecto, la Sra. María Inés podría haber aportado al juicio declaraciones de personas, bien familiares bien amistades, que pudieran conocer la situación. De igual forma, tampoco ha quedado debidamente acreditado que la vivienda fuera a ser destinada al alquiler o para inversión, tal y como afirmó el Sr. Güiza, quien no avaló sus manifestaciones con prueba alguna, siendo que su permisividad con la Sra. María Inés, al permitirle que la misma continué residiendo en la vivienda, determina que quede muy debilitada su argumentación. En suma, y como ya ha sido anunciado, entiende esta juzgadora que el domicilio de Madrid estaba destinado a ostentar la condición de segunda vivienda afecta a la familia, cuanto menos hasta el momento en que se produjo la crisis de pareja; siendo una cuestión

no pacífica la relativa a la posibilidad de considerar las viviendas afectas a las necesidades de la familia simultáneas o alternativas como domicilio familiar en el sentido establecido por el artículo 96.1 del Código Civil».

Partiendo de dichas consideraciones, y si bien las manifestaciones respectivas de las partes respecto del verdadero destino de la vivienda de Boadilla del Monte, son contradictorias, en la opinión de la Sala la tesis de la parte actora presenta más credibilidad que la de la adversa, y ello sobre la base de lo que se dirá. Tal y como sostiene la parte actora-apelante, sin que sobre ello polemice la adversa, los litigantes se conocen en el año 2006 y al poco tiempo se fueron a vivir juntos, aconteciendo que en junio del año 2007 se vinieron a vivir a Mallorca por razones profesionales del demandado, adquiriéndose la vivienda de Boadilla del Monte en noviembre del año 2007. Por ello, la fecha de adquisición se corresponde con las tesis actoras relativas a que la vivienda se compró y restauró pensando en ser dedicada a futuro domicilio de la familia; cuadrando ello también con el hecho de ser Madrid el lugar de residencia de la familia de la actora. Al respecto, y si bien D. Romeo manifiesta que esa vivienda la compró para invertir, sin embargo, y pese a que tal posibilidad no sería de suyo descartable, lo cierto es que los múltiples ingresos del futbolista no aparecen en autos dirigidos a inversiones inmobiliarias, ni a compra de viviendas para alquilar a terceros, sino más bien, en lo que se refiere a la adquisición de viviendas, parece que éstas responden a razones de necesidades familiares del demandado, tal y como propone la actora-apelante sin que la prueba obrante en autos niegue razón a dicha aseveración; lo que resta credibilidad a las tesis de la parte demandada en orden a que se adquirió el inmueble litigioso como inversión para su posterior alquiler. Por otro lado, y si bien no consta que D. Romeo consintiera expresamente la mudanza realizada por D.^a María Inés a dicha vivienda, sin embargo, sí cabe hablar de que en su día existió cuando menos un consentimiento implícito, habida cuenta de que no hay acreditación en autos de la que permita deducirse, no ya que no se consintiera la mudanza, sino que se hiciera reserva alguna al respecto; mudanza que además fue acompañada de obras realizadas en

la casa por la propia actora, sin que conste que tratara a la sazón el demandado de paralizarlas u oponerse a ellas. Obras que, por otro lado, abonan la tesis de que sobre la casa existía un interés personal impropio de una casa destinada al alquiler a terceros. Circunstancias todas ellas que, como se ha anticipado, otorgan mayor credibilidad a la demandante, en orden a entender que el destino inicialmente previsto por la pareja para el inmueble sito en Boadilla del Monte, Madrid, era el de conceder a éste la vocación propia de una vivienda familiar.

Llegados a este punto, la Sala considera oportuno recodar las tres líneas doctrinales indicadas en la sentencia de instancia respecto de lo que ha de entenderse por «vivienda familiar», a saber, la que propugna una interpretación amplia de la expresión contenida en el artículo 96 del Código Civil, que comprendería, no sólo la que constituye residencia normal habitual de la familia, es decir, la primera residencia, sino también cualquier otra que se encuentre por cualquier título jurídico a disposición de los miembros del grupo; una segunda que la interpreta en sentido estricto el citado artículo 96 y sólo considera domicilio familiar la primera vivienda; y una tercera postura, de naturaleza ecléctica, la cual, con independencia de si se trata de primera o segunda residencia, y como bien adscrito al servicio del conjunto familiar, defiende atribuir el uso, ex artículo 96, a la que mejor sirva para atender las necesidades de los hijos, para lo que habría que estarse a cada caso concreto, todo ello en proyección del principio del *bonum filii*. Considerando la Sala, en el marco del singular caso de autos, plenamente acertada la línea propuesta en primera instancia por el Ministerio Fiscal, favorable a la concesión del uso de la vivienda a favor del menor y su madre. Siendo, en las especialidades propias del presente caso, plenamente acorde al principio citado, también formulado como *favor filii*, el entender que, como presenta mayor credibilidad la tesis actora, relativa a que la vivienda de Boadilla del Monte estaba destinada a constituir el domicilio familiar de los hoy litigantes y su hijo cuando se establecieran en España, y pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad como consecuencia de la provisional residencia del padre en el lugar de trabajo y la ruptura de la pareja, sin embar-

go, habida cuenta de que el interés del menor es que la guarda y custodia la ejerza la madre, tal y como se estableció en la sentencia de instancia y no se apela, y ésta reside en España, concretamente en Madrid, donde también reside su familia, cabe concluir que presenta ejemplar acomodo al caso de autos la aplicación de la citada «postura ecléctica», que permite atribuir tal condición de vivienda familiar a la de autos, en la medida en que está adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor. Por lo que considera la Sala que se debe atribuir el uso de dicha casa al hijo menor, ex artículo 96 del Código Civil, en la medida en que es la vivienda que mejor sirve para atender a las necesidades del hijo en el presente y singular caso concreto, siendo el interés del menor el que debe presidir a la hora de adoptar tal decisión, no hallándose además la vivienda ocupada por el propietario. Conclusión esta que, a mayor abundamiento, presenta todavía mayor encaje en el caso de autos si tenemos presente que, tal y como denuncia de modo reiterado la

parte actora-apelante, sin que sea cuestionado propiamente de adverso (limitándose la demandada-apelada a realizar una vaga oposición al respecto pero sin invocar, y menos documentar, el adecuado cumplimiento de los pagos impuestos), el padre no está abonando en la forma debida las pensiones de su hijo; y si bien cabe la posibilidad de pedir la ejecución de la sentencia para obtener el cobro de las cantidades pendientes, sin embargo, como tal ejecución presentará especiales dificultades al residir el demandado en Turquía, se ha de concluir que con la aplicación de la citada doctrina y, consecuentemente, con la atribución de la vivienda al menor, al menos se dará adecuada cobertura del derecho de habitación del menor (que constituye una parte de la prestación de alimentos ex artículo 142 del Código Civil), acorde a su situación personal y familiar. Convirtiéndose así tal adjudicación en la manera más adecuada, en el caso de autos, de proteger y preservar de modo práctico los prioritarios intereses del menor.

PENSIÓN ALIMENTICIA

En cuanto al carné de conducir, tiene el carácter de extraordinario, al ser un gasto totalmente necesario en los tiempos actuales.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 28 de febrero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España

En primer lugar debe determinarse qué se entiende por gastos extraordinarios, y a tal efecto conviene recordar que aunque pueda parecer simple, gastos extraordinarios son, como de su propio tenor literal se deduce, los que no son ordinarios, sino excepcionales, siendo, además, variables en el tiempo y en su cuantía, y, en consecuencia, incompatibles con el establecimiento de una cantidad alzada; pero, dentro de los gastos extraordinarios, debe distinguirse entre los necesarios y los convenientes e, incluso, una tercera categoría en la que se podrían incluir aquellos que son perfectamente prescindibles; en efecto, existen unos gastos extraordinarios cuya

necesidad no puede discutirse —una operación por ejemplo— y al no estar contemplados en la resolución judicial —bien sea contenciosa o de mutuo acuerdo—, a su pago deben contribuir ambos progenitores; asimismo hay otros gastos cuya conveniencia nadie discute pero su realización dependerá, en buena medida, de las reales posibilidades económicas de los progenitores, y, finalmente, el tercer grupo en el que se pueden incluir los demás gastos extraordinarios que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio. Nadie discute que sería deseable que los hijos pudiesen seguir con los mismos gastos

extraordinarios —no sólo, por supuesto, los necesarios, sino también los convenientes e, incluso, los prescindibles—, pero también a nadie se le escapa que ello, necesariamente, va a depender, en gran manera, —aparte de la voluntad de los padres—, de los medios económicos con que cuenten los mismos, que hará que, a veces, haya que establecer un orden prioritario.

Sentado lo anterior asimismo debe decirse que también debe comprenderse la situación en que muchas veces se encuentra el progenitor custodio y la postura que se suele adoptar por el no custodio, y así el progenitor que ostenta la guarda y custodia tiene, muchas veces, que ir adelantando dinero para cuestiones que son conocidas —o al menos fácilmente presumibles— para el no custodio, y otras veces atender a peticiones normales y usuales en cualquier hijo y de nuevo tener que comentarlo con el otro cónyuge, lo que, a veces, no es posible por la premura de tiempo, por no hallar al otro o, simplemente, por la mala relación existente entre ambos, lo que conlleva que tenga que ser siempre el progenitor custodio el que, de entrada, 1.º tenga que hacer frente a las lógicas peticiones o atenciones de sus hijos, 2.º tenga que pagar y 3.º luego acudir a los Tribunales para conseguir que se le reintegre la mitad de lo que hace tiempo él adelantó.

No desconoce la Sala que se argumenta muchas veces que, de esta forma, el progenitor custodio puede obligar al otro progenitor a tener que abonar otras cantidades de dinero además

de la que mensualmente viene abonando, pero no es menos cierto que no se puede, seriamente, pensar que se pretende con ello, al menos en el caso de autos, hacer gastos con el fin de dañar la economía del otro cónyuge cuando la del primero no es holgada.

Teniendo pues en cuenta todo lo anteriormente expuesto, en el caso de autos habrá que examinar partida por partida si tales gastos eran o no necesarios, si han redundado o no en definitiva en un beneficio para los hijos y si no han sido objeto de una reclamación anterior.

En el caso de autos la discrepancia viene motivada en concreto por tres partidas o conceptos: los gastos de la Academia Ares, las clases particulares de inglés y el carné de conducir, procediendo a su examen por separado y así en cuanto a la Academia Ares y las clases de inglés, tales gastos, como tiene reiteradamente dicho esta Sala, son de los típicos gastos que usualmente son admitidos como extraordinarios, dada la absoluta conveniencia, y, a veces, necesidad, de los mismos, y en cuanto al carné de conducir, igualmente tiene ya dicho esta Sala que tal gasto tiene el carácter de extraordinario, al ser un gasto totalmente necesario en los tiempos actuales, pero, además de no saberse cuándo tendrá lugar, ni su importe al depender del número de exámenes, impide poder fijarlo ya en la sentencia de separación, por lo que, cuando acaece tal gasto, siempre tiene el carácter de extraordinario.

Debe aumentarse la cuantía de la pensión alimenticia al verse privados el hijo y la madre del uso de la vivienda familiar tras su enajenación al no poder satisfacer los cónyuges el pago de la hipoteca.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández**

Respecto a la petición de incremento de alimentos o de establecimiento de pensión compensatoria, cabe anticipar que no sería posible acordar esta última cuando fue denegada en la sentencia de divorcio, ya que no cabe, vía incidente de modificación de medidas, instaurar una medida cuyo establecimiento (por existir

o no el desequilibrio subsiguiente a la ruptura matrimonial) debe valorarse en el proceso matrimonial.

Analizaremos a continuación si procede el incremento de los alimentos aprobados. La sentencia de divorcio dictada por el Juzgado en fecha 16 de abril de 2007 confirmada en este as-

pecto en apelación fijó alimentos a favor del hijo menor y a cargo de su padre en cuantía de 300 euros/mes actualizables anualmente, atribuyendo a la esposa e hijo menor el uso de la vivienda familiar.

Resulta reconocido que se ha procedido a la venta de la vivienda familiar por las partes, al no poder satisfacer las cargas económicas correspondientes, por lo que más allá de que se realizase la venta con acuerdo de las partes, es claro que la actora y su hijo menor han sufrido un perjuicio respecto de la situación que le reconocía la sentencia de divorcio, que ha de ser evaluado económicamente.

Para ello es preciso valorar también si se ha producido una alteración en los ingresos de las partes. La parte actora aunque indica que está

en el paro no acredita de modo efectivo hallarse en esta situación, reconoce estar trabajando de dependiente y sin justificar una disminución de sus ingresos. De otro lado la parte demandada resulta que en el proceso de divorcio no cuantificó sus ingresos reales, aportando declaración de IRPF de 2005 en la que declaraba unos ingresos brutos anuales de 12.278,94 euros. Ahora reconoce que ha incrementado sus ingresos percibiendo 20.487,34 euros.

Por todo ello debemos estimar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos para la estimación de la acción y en consecuencia fijar ahora la pensión alimenticia en 400 euros, que serán actualizables anualmente conforme a índices de IPC que publique anualmente el INE.

La pensión de alimentos no tiene por objeto el ahorro de una determinada cantidad por parte del hijo y no vincula en su fijación la pensión que pueda estar recibiendo otro hijo del padre pues se fijó en un procedimiento de mutuo acuerdo el cual, obviamente, en modo alguno vincula para el caso de autos.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 17 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

Seguidamente, con relación a la pensión de alimentos del menor, establecida en la sentencia en 4.000 euros mensuales actualizables; punto común de ambos recursos de apelación al solicitar la actora su incremento hasta los 12.000 euros, y la demandada su rebaja a los 1.000 euros mensuales. Conviene comenzar recordando que la satisfacción de los alimentos a los hijos, ex artículo 92 del Código Civil, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 en relación con los artículos 110 y 142 y ss. del mismo Código, constituye una obligación de los padres, sin perjuicio de que, según previene el artículo 146 de dicho Código, la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada al caudal o medios del alimentante y a las necesidades del alimentista, lo que determina la necesidad de establecer una contribución proporcional del obligado, referida a sus ingresos netos, concor-

dante con las necesidades de los hijos e interrelacionada con los ingresos y aportaciones del otro progenitor. Por otro lado, y sobre lo que debe entenderse por alimentos, cabe referir que a tenor de lo que disponen respectivamente los artículos 142 y 146 del Código Civil, el concepto de alimentos ha de interpretarse, no en sentido propio o literal desde un punto de vista etimológico, sino en el sentido amplio o extenso que el concepto tiene desde el enfoque jurídico legal, en el que aparecen englobados apartados tan remarcables como el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción (artículo 142 del Código Civil).

Así las cosas, y si bien la proporcionalidad de los alimentos suele guardar cierta relación porcentual con el nivel de ingresos de los obligados, se ha de tener presente que tales parámetros —propugnados por la parte actora— se

utilizan en los casos habituales de ingresos bajos o medios, quedando absolutamente fuera de lugar hablar de conveniencia de aplicación de porcentajes sobre rendimientos cuando hablamos de ingresos tan absolutamente inusuales como los que tiene el obligado en el caso de autos, en el que, incluso de admitirse los que él mismo reconoce, cualquier aplicación de los porcentajes habituales situaría la pensión como absolutamente extravagante; ganando en tales casos especial protagonismo la otra variante, cual es la de las necesidades del menor, en tanto que la suficiencia en su cobertura justificará la oportunidad de una cifra, al margen de parámetros porcentuales. No obstante, no es menos cierto que en la fijación de una pensión de alimentos los criterios jurisprudenciales sobre los referidos artículos determinan, obviamente, la necesidad de que el hijo se beneficie del nivel de vida de sus padres, de modo que la pensión de alimentos de un menor agraciado con una sobresaliente fortuna paterna no puede quedarse en las cifras que se manejarían en familias de clase media, por mucho que los alimentos aplicados en estos casos proporcionen ya coberturas dignas. En definitiva, los ingresos del padre, e incluso los de la madre, que en el caso de autos son también notoriamente elevados, aun partiendo de las propias cifras que respectivamente ellos admiten a su favor, han de conllevar en la crianza del hijo común el derecho de éste de disfrutar de los lujos propios de tal situación, como pueden ser guarderías y colegios privados, cuidadores o profesores particulares, vestuarios consecuentes, etc.

Por todo ello, la Sala considera que ambas cifras respectivamente propuestas en autos son claramente desproporcionadas, la de 12.000 euros por resultar difícil de imaginar tal dispendio mensual en el menor sin llegar a malcriarlo, en el bien entendido que la pensión de alimentos no tiene por objeto tampoco el ahorro; y la de 1.000 euros por tratarse de una cifra más acorde con situaciones de ingresos medios o altos, los cuales incluso lo son los de la madre, pero en modo alguno del nivel de los del obligado al pago de la pensión, incluso

partiendo de las propias cifras que admite la parte demandada. En consecuencia, considera la Sala que habiéndose asignado ya a favor del hijo el uso de la vivienda de Boadilla del Monte, Madrid, lo que cubre la habitación, y habida cuenta de que, como se ha indicado, la pensión para la cobertura de las necesidades del hijo ha de ser lo suficientemente holgada como para que éste pueda acomodar su situación al nivel económico de los padres; la Sala entiende acorde a derecho el establecimiento de una pensión de alimentos en la suma mensual de 2.500 euros, al entender que dicha cifra, más la aportación de la lujosa vivienda asignada, cubrirá con suficiente holgura las necesidades del hijo, respecto de las cuales no cabe olvidar que la madre, cuyos ingresos son también importantes, ha de colaborar también, si bien en menor medida al tenerse presente la mayor dedicación de ésta en el cuidado y educación del menor, lo que, sin embargo, no le exime de colaborar también económicamente. Conclusión esta a la que en modo alguno estorba el hecho, alegado por la defensa de la parte demandada, de que el otro hijo de su cliente reciba una pensión de alimentos mensual de 1.280 euros, pues, por un lado, se trata, tal y como anuncia la propia parte demandada, de un acuerdo entre los progenitores en aquel proceso, el cual, obviamente, en modo alguno vincula a la hoy actora para el caso de autos; y, por otro, la aprobación judicial de aquella medida no provoca efecto jurídico alguno en el presente procedimiento, ni constan tampoco en estos autos las personales circunstancias concurrentes en aquéllos.

En consecuencia, la Sala rebaja la pensión de alimentos a la suma de 2.500 euros mensuales actualizables, pronunciamiento que supone técnicamente una estimación parcial del recurso de apelación de la parte demandada; el cual, no obstante, ha de ponerse también en relación con el anterior pronunciamiento en el que se asignaba el uso de la vivienda de Boadilla del Monte al menor y al progenitor custodio, justificándose también así la rebaja de la pensión de alimentos asignada en primera instancia.

Existe un reparto no equivalente de los tiempos de permanencia de los hijos con cada progenitor y media una notoria y notable desproporción entre los recursos económicos de uno y otra, por lo que resulta procedente el establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 15 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García**

Cabe preguntar si, en supuestos de custodia compartida de los hijos comunes, es procedente el establecimiento de pensión alimenticia, o, por el contrario, cada progenitor ha de asumir los gastos que los hijos originen durante el tiempo que permanezcan en su compañía.

Con fundamento en el *favor filii*, en la diferencia de ingresos entre los progenitores, o en las situaciones de desigualdad en los períodos de convivencia, la Jurisprudencia se ha mostrado a favor de la fijación de pensión de alimentos. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010, en un supuesto de atribución de la guarda y custodia de dos menores de forma compartida a ambos progenitores, por trimestres escolares y de forma alternativa en el tiempo, impone a la madre el abono de 300 euros como alimentos de los hijos cuando residan con el padre, y a éste el abono de 250 euros cuando los hijos residan con la madre.

A juicio de este Tribunal de segunda instancia, en los supuestos de custodia compartida con reparto igualitario de los tiempos de permanencia y convivencia de los progenitores con sus hijos, no es incompatible la fijación de una pensión de alimentos paterno-filiales, cuando resulta acreditada la realidad de una notable desproporción entre los recursos y medios económicos de uno y otro progenitor.

En el caso de autos, existe un reparto no equivalente de los tiempos de permanencia de los hijos con cada progenitor (de cada 14 días, pernoctan 6 con el padre y 8 con la madre), y media una notoria y notable desproporción entre los recursos económicos de uno y otra. Por ello, resulta procedente el establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre, en la cuantía fijada en la sentencia apelada, tomando en consideración, como dato singularmente re-

levante, el hecho de la asunción la madre de la integridad de los gastos ordinarios que genera la educación en colegios no privados de los hijos.

La cifra de 800 euros durante once meses al año guarda la exigible proporcionalidad con las necesidades de los hijos alimentistas, que no exceden de las habituales y ordinarias en menores de su edad, y con los recursos del padre alimentista, inferidos de datos indiciarios reveladores de un nivel económico sensiblemente superior a situación de insolvencia que el Sr. José Ramón invoca.

Mientras la Sra. Santiago percibe un salario líquido mileurista como trabajadora por cuenta ajena, desconociéndose otros ingresos empresariales o profesionales pese a figurar dada de alta en el Colegio de Abogados de Sevilla, el Sr. José Ramón es titular del 25% del conocido bar de copas «Chile» de Sevilla, y partícipe de una cuarta parte y administrador único de una sociedad patrimonial, propietaria de cinco inmuebles urbanos que, pese a estar gravados con cargas hipotecarias, integran un patrimonio de innegable valor, uno de ellos ubicado en pleno centro comercial de Sevilla y arrendado a una cadena alimenticia.

La presunción judicial de la notable desigualdad económica entre ambos progenitores se fundamenta en el hecho acreditado de ser el padre copropietario de un local de hostelería en plena explotación y partícipe de una sociedad mercantil, sin que las pérdidas que sufre esta entidad y los ínfimos beneficios que arroja el bar, según alega el apelante, ofrezcan suficiente y razonable credibilidad.

Por todo lo expresado, el recurso de apelación no puede ser acogido, lo que conduce a la confirmación de la sentencia combatida en cuanto al pronunciamiento que fija una pensión

alimenticia de 400 euros por cada hijo, excluido uno de los dos meses de verano, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas

de alzada dada la índole de la cuestión discutida, inserta en el ámbito de un régimen de custodia compartida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La atribución de la custodia compartida y la circunstancia de que el uso de la vivienda familiar se otorga a la esposa, así como el hecho de que el esposo tenga que abonar una pensión alimenticia, justifica la no fijación de pensión compensatoria.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

En cuanto a la pensión compensatoria debe decirse que en armonía con mayoritarias corrientes interpretación judicial y doctrinal, viene manteniendo esta Sala que el derecho que contempla el artículo 97 del Código Civil no se configura, a través de tal regulación legal, como un instrumento de indiscriminada nivelación, o al menos aproximación, de las disparejas economías de uno y otro cónyuge que, latente durante el matrimonio, haya de activarse automáticamente al surgir la crisis convivencial de aquéllos, en su sometimiento a la regulación judicial.

En efecto, las propias circunstancias que recoge, *ad exemplum*, dicho precepto en orden a la cuantificación del derecho analizado vienen a excluir, de modo palmario, la idea de equiparación pecuniaria que late en el fondo del planteamiento de la demandante, según es de ver por la mera lectura del escrito rector del procedimiento. Pero es lo cierto que tampoco una mera divergencia económica puede determinar, en todo caso y cualesquiera que sean los factores concurrentes, el reconocimiento judicial del derecho

aun sin matemática nivelación de los recursos de que han de disfrutar en el futuro cada uno de los litigantes.

Así, la figura examinada se asienta en obvios principios de solidaridad posconyugal, en el sentido de constituirse en una ayuda económica al cónyuge más desfavorecido a los efectos de satisfacer de modo autónomo y en un futuro más o menos próximo sus propias necesidades, lo que hace excluir injustificadas dependencias indefinidas del otro consorte.

Pero cuando ambos tienen medios suficientes para atender a sus propias necesidades no surge el derecho a una pensión compensatoria, máxime cuando, además, la esposa tiene atribuido el uso de la vivienda conyugal y el esposo debe abonar una suma por colegio y ropa, por lo cual no puede acogerse la pretensión revocatoria que articula la esposa, debiendo por ello confirmarse íntegramente la sentencia de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Si la esposa regenta una peluquería y tiene una empleada que gana 1.000 euros mensuales, ella no puede alegar que sólo percibe 300 euros, por lo que no se considera que exista desequilibrio económico en relación con el esposo que percibe una pensión de jubilación de 1.584 euros.

AP Burgos, Sec. 2.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Arabela Carmen Espina**

Insiste D.^a Carmen en que se establezca a su favor una pensión compensatoria de 750 euros mensuales.

Presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión compensatoria es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges, provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba durante el matrimonio.

Examinada la situación económica de los cónyuges tras la ruptura, no puede considerarse exista desequilibrio económico.

El esposo, que está jubilado, tiene como únicos ingresos los correspondientes a la pen-

sión de jubilación, 14 pagas que en el año 2009 eran de 1.584,52 euros mensuales.

La esposa que regenta una peluquería desde hace 20 años, manifiesta que sus ingresos son de 300 euros. No existe la más mínima prueba de cuántos son sus verdaderos ingresos, cotiza por módulos a la Hacienda Pública; pero teniendo en cuenta que tiene una empleada a la que paga unos ingresos mensuales de 1.000 euros (antes de su baja la pagaba 1.200 euros) necesariamente se ha de considerar que sus ingresos son por lo menos de igual importe que los que percibe su empleada.

No puede considerarse acreditado que la ruptura del matrimonio determine desequilibrio económico para la esposa, que pueda justificar el establecimiento de una pensión compensatoria.

Aun dando por acreditada la pernocta de un tercero en el domicilio familiar, procede fijar pensión compensatoria dado que el seguimiento realizado por el detective ha sido en un breve espacio de tiempo.

AP Valladolid, Sec. 1.^a, Sentencia de 25 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio San Millán Martín**

Impugna la Sentencia la representación procesal de D. Miguel, en el solo extremo relativo a la pensión compensatoria reconocida a D.^a Inocencia, interesando su extinción, la improcedencia de su reconocimiento, sobre la consideración de que, conforme se ha intentado acreditar por esa parte a través de un informe de seguimiento realizado por Agencia de Detectives privados, la misma, convive de forma estable y permanente, en el propio domicilio familiar, con otra persona, con la que cabe presumir mantiene una relación estable. Sin embargo, aun admitiéndose la circunstancia, según fiable testimonio del detective privado realizador del seguimiento, de la presencia de referida pareja en el domicilio

de D.^a Inocencia, domicilio familiar, incluso con pernocta y en repetidas ocasiones, compatibles con una relación aun sentimental o íntima esporádica, no estable en la forma análoga a la matrimonial en el concepto al que suele referirse la propia legislación civil como referente, la sola prueba descrita, que limita la observación a un muy breve espacio de tiempo y la falta de cualquier otra prueba más concluyente (la cotitularidad en una sola cuenta bancaria tampoco ilustra mucho), permite abrigar dudas razonables sobre el carácter verdaderamente estable de referida relación, que deben solventarse en pro del mantenimiento de referida pensión ante el incuestionado desequilibrio económico apreciado.

Al acreditarse que los negocios que regenta el marido son deficitarios con numerosas deudas que han motivado el embargo de los bienes gananciales no procede fijar pensión compensatoria.

AP Zamora, Sec. 1.^a, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Brualla Santos-Funcia**

En relación con la pretensión de establecimiento debemos señalar que la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la pensión compensatoria (SS de 10 de febrero de 2005, 10 de marzo de 2009) deja sentado lo siguiente:

a) Que del tenor de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora que responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio.

El presupuesto esencial, por tanto, para su fijación estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, y es por ello que no hay que probar para ser acreedor de la pensión la existencia de su necesidad por el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación, pero sí ha de probar la parte que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. La pensión compensatoria, sin embargo no trata de equiparar económicamente los patrimonios de los cónyuges.

b) Que el Código Civil regula la pensión compensatoria con características propias, *sui generis*, estando notoriamente alejada de la prestación alimenticia, que atiende al concepto de necesidad, pero sin caer en la órbita puramente indemnizatoria, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios.

c) Y finalmente, en cuanto a los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, que tales factores son numerosos, y de imposible enumeración, destacándose en el propio precepto y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por

su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje, experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.

A la luz de lo expuesto debemos hacer nuestro lo recogido en la fundamentación de la sentencia recurrida, en la que se hace una correcta apreciación y valoración de la prueba practicada, excluyendo por no tener transcendencia a los efectos de la decisión sobre la procedencia del establecimiento de la pensión compensatoria ni la certificación de la Tesorería de la Seguridad Social sobre su vida laboral y bases de cotización, y añadiendo a mayores la falta de eficacia probatoria de unos pretendidos signos externos de riqueza, vehículos de alta gama, que se ven contradichos por las propias manifestaciones de la recurrente que hablan (hecho tercero de la demanda rectora de la litis) «de las numerosas deudas contraídas por el esposo como consecuencia del negocio de compra-venta de coches» (lo que explica las ventas y compras de los vehículos de alta gama a que se hace continuada referencia) y, también, de que el esposo regenta un establecimiento hostelero, creado durante el matrimonio del que se derivan numerosas deudas con Hacienda y Seguridad Social... que ha podido constatar a través de los Registros Públicos correspondientes que tanto la vivienda ganancial como el local de peluquería han sido embargados por las deudas. Considerar, por otra parte que percibir una indemnización de 24.000 euros cuando se adeudan 42.000 euros y se reconoce la existencia de un negocio de compraventa de coches deficitario, constituye prueba de una desahogada situación económica que permita establecer una posición de desequilibrio para la esposa merecedora de una parigualación de patrimonios, supone cuando menos un contradictorio, máxime cuando la propia demandante relaciona y vincula la crisis económica de los negocios que el esposo o el matrimonio regentaban durante los dos años anteriores a la separación con la crisis matrimonial que dio lugar a la separación de hecho de los cónyuges y a este

proceso, y por otra parte la esposa que, durante un tiempo de su matrimonio, hasta septiembre de 2008, estuvo llevando su negocio de peluque-

ría, ha cesado en el mismo percibiendo el importe de su arrendamiento y los ingresos por su trabajo social actual.

CONVENIO REGULADOR

La competencia para el conocimiento de la acción de nulidad del convenio regulador la tiene el mismo Juzgado de Familia que lo aprobó.

AP Vizcaya, Sec. 3.ª, Auto de 17 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Concepción Marco Cacho**

Se plantea cuestión de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia n.º 3 y n.º 14 de Bilbao al sostener ambos juzgados que no les corresponde la competencia funcional al amparo del artículo 61 de la LEC; en este sentido el Juzgado de Primera Instancia sostiene que se pretende por la representación de D. Román la nulidad del convenio regulador de divorcio de fecha 24 de julio de 2009 y por ende la competencia del conocimiento de esta demanda se atribuye al Juzgado donde se dictó la demanda de divorcio, a saber, el Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de los de Bilbao; por el contrario, este Juzgado considera que la demanda plantea la nulidad de un acuerdo de naturaleza privada y por tanto no encaja en el título de competencia atribuido conforme a las reglas del artículo 46 de la LEC.

Reza el suplico de la demanda presentada por el Sr. Román: «Que tenga por presentada esta demanda junto con los documentos aportados y, conforme se interesa, se declare nulo el convenio regulador de divorcio firmado con fecha 24 de julio de 2009 debiéndose declarar nulos o subsidiariamente anulables, todos y cada uno de los acuerdos allí firmados, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

Así partiendo del pedimento de la parte demandante es lo cierto que son certeros los razo-

namientos expuestos por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bilbao y que por demás están avalados por las resoluciones que en su Auto expone y que son de aplicación directa al caso planteado, y ello porque precisamente, al igual que en este supuesto, se pretende la nulidad de un convenio regulador; sosteniendo que aun cuando se analiza un negocio jurídico, la aprobación del convenio no le despoja de su naturaleza de negocio de familia; siendo así que, en este caso en el que la defensa de quien invoca por demanda la nulidad, se fundamenta en la situación que sufría en el momento de la suscripción del convenio y que le produjo una falta de conocimiento del negocio suscrito en el ámbito del derecho de familia, y del acto que realizaba, por no prestar consentimiento fehaciente a los términos del mismo; es por lo que se deberá analizar si la suscripción del convenio fue o no válida debiendo sin lugar a dudas ser resuelto por el Juzgador que conoció de la demanda de divorcio.

En conclusión se ratifican los argumentos que se expresan en el Auto de 14 de octubre de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Bilbao y por ende ser válida su incompetencia debiendo ser asumida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao no ratificándose su Auto de 10 de noviembre de 2010.

No ha acreditado el actor la falta de consentimiento en el momento de la suscripción del convenio regulador y por tanto no procede declarar la nulidad.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Recorre el actor la sentencia de instancia aduciendo que firmó el convenio regulador de la separación sin leerlo dada su situación producida por las drogas y la bebida así como que lo hizo en la confianza del pacto verbal acordado entre ambos, interesando la nulidad por no reunir los requisitos del artículo 1261 y subsidiariamente la anulabilidad por mor del artículo 1301 del Código Civil.

Por lo que hace a la pretensión relativa a la nulidad de determinados pactos del convenio regulador de los efectos de la separación, basando su pretensión la apelante en «la ausencia de voluntad de mi principal al suscribirlo, por padecer un trastorno esquizofrénico que no le permitió conocer y aceptar libremente sus efectos, falta de consentimiento de la actora en el momento de la firma del convenio, cuya ausencia como elemento esencial del contrato previsto en el artículo 1261 del Código Civil produciría la inexistencia del contrato o si se quiere la nulidad radical o de pleno derecho del mismo» (alegación segunda del escrito interponiendo recurso de apelación), en orden a su resolución ha de tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico es válido el negocio jurídico de familia en aquellos aspectos atinentes a materia que puede ser objeto de disposición por las partes contratantes, no así en lo relativo a las que son de orden público, y existiendo el contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil, perfeccionándose el mismo por el mero consentimiento, y obligando desde entonces no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, según prevé el artículo 1258 del mismo texto legal, pueden los contratantes establecer los pactos, cláusulas y

condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público, en virtud de la libertad de pactos que asimismo se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1255 CC), si bien se requiere para su validez la concurrencia de los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca, que para que haya contrato exige el artículo 1261 de dicho texto sustantivo, cuya ausencia de requisitos puede dar lugar a su anulación por adolecer de vicio de anulabilidad si la acción tendente a ello es ejercitada con arreglo a la previsión legal y quien alega el vicio cumple con la carga que le impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de «probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda».

Y así ha dicho también la jurisprudencia que «La naturaleza de los Convenios Reguladores viene representada por constituir un efectivo negocio de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial que no elimina ni desplaza su naturaleza esencial de tipo contractual privada, ya que su elaboración dimana de la voluntad de los otorgantes» [STS núm. 1187/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 10 diciembre], y que «Como tiene reconocido esta Sala (Sentencias de 25 de junio 1987, 26 de enero de 1993, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997) y la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las econó-

micas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, 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 con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; 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 artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la Sentencia de 22 abril 1997 “no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento,

el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay 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”». [STS núm. 1183/1998 (Sala de lo Civil), de 21 de diciembre, Recurso de Casación núm. 2197/1997], así como que «La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos [ap. E) del art. 90 del Código Civil], pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges» [STS núm. 4/1993 (Sala de lo Civil), de 26 de enero, Jurisprudencia].

En el caso de autos, alegando el actor, ahora apelante, la ausencia de consentimiento como consecuencia de la referenciada enfermedad que padece, sin que del mismo, no obstante el síndrome depresivo del ahora apelante que pone de manifiesto, se derive que no se hallaba capacitado para entender lo que firmaba, por tanto, para prestar su consentimiento a la firma del convenio, por lo que procede la desestimación del recurso de apelación en cuanto a la nulidad del convenio por dicho motivo alegado.

Estando asesorado por letrado el ex esposo en el momento de la firma del convenio regulador no se considera que haya existido error, dolo o intimidación.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Finalmente, en cuanto al alegado error, dolo e intimidación, sin embargo, aduce sorprendentemente, que sólo padeció el vicio de anulabilidad para determinados pactos, los de trascendencia económica; sin que conste en las actuaciones

prueba alguna distinta de la sola manifestación del apelante de haber padecido dichos vicios del consentimiento, máxime cuando, como se pone de manifiesto en la Sentencia recurrida, en la firma del convenio estaba asesorado por Letrada.

Y es que siendo el consentimiento, como queda dicho, uno de los requisitos esenciales para que pueda existir el contrato, como manifestación libre de la voluntad, para ser válido, ha de suponer la equivalencia entre lo querido y lo verdaderamente manifestado, razón por la que cuando ello no ocurre así en la realidad, cuando se da una discordancia entre lo uno y lo otro, cuando existe una disconformidad entre lo que se tiene la voluntad o determinación de contratar y lo que figura o se expresa por escrito en el contrato, nuestro ordenamiento jurídico permite su remedio mediante el instituto de la anulabilidad, por cuanto el artículo 1265 del Código Civil prevé que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, señalando el artículo 1266 que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y el artículo 1267, párrafo segundo, que hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes, disponiendo en el párrafo tercero que para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona, y, finalmente, el artículo 1269 señala que hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

Pero para ello, para que el contrato sea declarado nulo, no es suficiente la sola alegación por una de las partes intervinientes en el mismo de haber padecido vicio en el consentimiento, sino que es necesario, como también queda dicho, cumplida prueba de la concurrencia del vicio por quien lo alega, y aduciendo la ahora apelante en su demanda, que no en el escrito interponiendo el recurso de apelación, que «ignoraba como ha ignorado hasta la fecha el contenido del documento suscrito, si bien en la actualidad con el tratamiento prolongado de su enfermedad es consciente no ya del contenido del mismo sino de sus consecuencias, como son la permanencia en la situación de desamparo en la que se ha visto abocada», resulta evidente de

dichas alegaciones que no se trata de un error de hecho y sustancial sino de un error sobre sus posibles obligaciones y derechos que hubiera podido fácilmente ser subsanable mediante la simple diligencia de posponer la firma del convenio a consultar con otra persona, aunque no fuera letrado en ejercicio, pero es que, además, queda dicho que estaba asesorada por Letrada, como reconoce en dicho escrito de demanda, con lo que no puede considerarse que el contrato esté viciado por error.

Como tampoco por la alegada intimidación, por cuanto, conforme a la jurisprudencia, «aunque la intimidación puede excepcionalmente implicar una falta total de consentimiento lo que supondría la inexistencia contractual (artículo 1261.1.º), generalmente afecta sólo al consentimiento libre dando lugar a la anulabilidad, impugnabilidad o nulidad relativa (artículos 1300 y 1301), en sintonía con la regla *voluntas coacta voluntas est* (Sentencias de 18 de marzo de 1958, 27 de febrero de 1964 y 5 de marzo de 1992). La jurisprudencia viene declarando que para conseguir la invalidación de lo convenido es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses (Sentencia de 4 de octubre de 2002). La propia jurisprudencia señala de modo sintético como requisitos de la intimidación contractual los siguientes: amenaza injusta o ilícita (que tiñe de antijuridicidad la conducta); temor racional y fundado; mal inminente y grave; prestación de un consentimiento contractual; y nexa causal entre la amenaza y el consentimiento prestado (Sentencias, entre otras, de 25 de mayo de 1944, 4 de julio y 28 de octubre de 1947, 27 de febrero de 1964, 15 de diciembre de 1966, 21 de marzo de 1970, 11 de marzo y 26 de noviembre de 1985, 5 de abril y 21 de julio de 1993, 6 de noviembre de 1994, 7 de febrero de 1995 y 4 de octubre de 2002)» (STS de 21 de octubre de 2005).

Y en el caso de autos, aplicando la doctrina jurisprudencial dicha, de lo que obra en el procedimiento no puede considerarse que el actor, ahora apelante, haya cumplido con la carga de la prueba que le incumbía sobre la concurrencia del vicio de la intimidación, sin que conste prueba alguna de que el ahora apelado formulara manifestación alguna al respecto que, por otra parte, carecía de consistencia al no estar en poder del mismo la decisión sobre las relaciones paterno o materno-filiales y que hubiera podido ser fácilmente despejado el temor mediante la consulta a la letrada que le asesoraba.

Como tampoco puede considerarse acreditado que el ahora apelante fuera inducido con palabras o maquinaciones insidiosas de parte del otro contratante a celebrar el contrato, por lo que teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial conforme a la cual «ha de partirse de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la Sentencia de 11 de mayo de 1993 según la cual “definido el dolo en el artículo 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una acción positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado”, y en este sentido se pronuncia unánime la juris-

prudencia de esta Sala cuya Sentencia de 22 de enero de 1988 afirma que “partiendo de que el dolo no se presume y que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por nuevas conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice que se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que limita a definir el que vicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes: a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; b) que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; d) que sea grave si se trata de anular el contrato; y e) que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes”; la conducta dolosa ha de ser probada inequívocamente, sin que basten nuevas conjeturas o indicios (Sentencias de 13 de mayo de 1991 y 23 de junio y 29 de marzo de 1994); el dolo principal o causante no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quien lo alega —Sentencias de 22 de febrero de 1961 y 28 de febrero de 1969—, no bastando al efecto nuevas conjeturas —Sentencia de 25 de mayo de 1945— (Sentencia de 21 de junio de 1978)». (STS de 11 de junio de 2003), no pudiendo considerarse que concurren dichos requisitos, consiguientemente, no puede considerarse tampoco que la Sentencia recurrida haya incurrido en error en la valoración de la prueba y, por tanto, procede la desestimación del recurso de apelación.

CUESTIONES PROCESALES

La circunstancia de que en su día el Juzgado de Violencia pudiese tramitar un procedimiento de separación o de divorcio no implica que el posterior procedimiento de modificación de medidas deba sustanciarse ante éste, sino que será repartido al Juzgado de Familia que por turno le corresponda.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Es criterio ya uniforme entre la Jurisprudencia que la modificación de medidas es un procedimiento autónomo e independiente del anterior procedimiento en el que se adoptaron las medidas que ahora se pretenden modificar, y por tanto, la circunstancia de que en su día el Juzgado de Violencia pudiese tramitar un procedimiento de separación o de divorcio no implica que

el posterior procedimiento de modificación de medidas deba sustanciarse ante el mismo, sino que será repartido al Juzgado de Familia que por turno le corresponda, procediendo por ello señalar que la competencia para el conocimiento de los presentes autos corresponde al Juzgado de Valencia n.º 26.

No pueden plantearse por vía del artículo 158 del CC cuestiones que pueden y deben analizarse en un proceso contradictorio, con prueba sobre las pretensiones que se articulan y con pleno conocimiento de la verdadera situación para resolver de forma adecuada sobre la pretensión.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

Como bien recoge el auto objeto de recurso, el artículo 158 CC tiene como finalidad la adopción de medidas con carácter urgente con la finalidad de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, y ése es su objeto, pero no pueden plantearse por esta vía pretensiones y por ese procedimiento que es de carácter cuasi sumario, y en el que prima la necesidad inmediata de adoptar esa medida, incluso inaudita parte, cuestiones que pueden y deben analizarse en un proceso contradictorio, con prueba sobre las pretensiones que se articulan y con pleno conocimiento de la verdadera situación para resolver de forma adecuada sobre la pretensión, como es en este caso el otorgar la guarda y custodia a los abuelos, que debe salvo que existiera un grave y acreditado perjuicio para el menor acudir al proceso legalmente establecido y tras la práctica de todas las pruebas, incluso audiencia del

menor, audiencia de las partes, decidir sobre la privación de la guarda y custodia y en su caso la idoneidad de quien la solicita, cuestiones estas que exceden del previsto en el artículo 158 CC; es más en el propio escrito inicial se recoge que la posible causa de privación de la guarda y custodia viene de antiguo, desde 1989, por lo que no hay ningún hecho objetivo que permita justificar la adopción de esa medida a fin de evitar un mal grave e inminente a los menores; todo ello sin perjuicio de que si los instantes consideran que lo más beneficioso para los menores, porque consideran que los padres ejercen de forma inadecuada las obligaciones inherentes a la guarda y custodia plantear la oportuna demanda, a través de un proceso con plenas garantías, con contradicción a fin de resolver la controversia. Procede confirmar el auto sin imposición de las costas de esta alzada.

Se inadmite a trámite la demanda interpuesta por una persona frente a sus dos hermanos en solicitud de alimentos para la madre, que en la actualidad no se halla incapacitada judicialmente.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 23 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Barcelona se dictó Auto en fecha 12 de abril de 2010 mediante el que se inadmitió a trámite la demanda de juicio verbal por alimentos promovida por D.ª Sonia frente a D.ª María Milagros y D. José María; ordenándose el archivo de las actuaciones.

Frente al contenido de dicha resolución se alzó D.ª Sonia, interesando su revocación, por entender que posee la necesaria legitimación activa para interponer esta demanda, según resulta de aplicación de la Sentencia de esta misma Sala, de 8 de enero de 2002.

El presente recurso no puede prosperar. El supuesto de hecho enjuiciado está constituido por una inadmisión a trámite de una demanda de alimentos formulada por la ahora recurrente frente a sus dos hermanos en reclamación de alimentos para su madre, que en la actualidad no se halla incapacitada judicialmente.

Podemos agrupar en tres categorías los casos en que es dado acordar la inadmisión a trámite de una demanda. El primero de estos grupos vendría compuesto por las previsiones establecidas en el apartado primero del artículo 403 de la LEC, en el que, conforme a nuestra constante tradición jurídica, se establece que las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley; es decir, cuando las demandas choquen frontalmente con alguna previsión de la LEC. El segundo grupo vendría integrado por los supuestos reconducibles al artículo 11.2 de la LOPJ, conforme al que los Juzgados y Tribunales podrán rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Y, por último, existiría un tercer grupo, de elaboración jurisprudencial, integrado por los supuestos en los que la legitimación activa del demandante resulte manifiestamente

inexistente, por carecer el mismo por completo —y de una manera palmaria y evidente— de acción y derecho que pudiese justificar en la sentencia definitiva el acogimiento de sus pretensiones. Este tercer grupo viene a resultar de los postulados de la lógica y de la más elemental economía procesal, pues carece por completo de sentido común, e implica caer en el absurdo, tramitar completamente un procedimiento judicial cuando ya ab initio resulta evidente que la única decisión posible es la de desestimación de la demanda formulada.

El caso sometido a enjuiciamiento resulta incardinable en la tercera y última de estas categorías jurídicas, por cuanto que, la demandante, pese a las protestas que formula, todavía no ha obtenido la declaración de incapacidad de su madre, en cuyo nombre reclama los alimentos, ni tampoco la misma ha sido declarada como persona dependiente en términos estrictamente legales, no siendo suficiente a estos efectos la aportación del parte de asistencia hospitalaria de la madre que la ahora recurrente aporta, y del que vendría a resultar que la misma se halla aquejada de múltiples dolencias; por lo que carece por completo de sentido hablar en este caso de una guarda de hecho por parte de la demandante.

Así las cosas, resulta palmaria y evidente su falta de legitimación activa, es decir, la demandante carece absolutamente de acción y derecho, de manera que la única decisión previsible sobre el fondo que en su día podría adoptarse sería precisamente la de la desestimación de su demanda.

Consecuentemente, es ajustada a derecho la decisión de la Sra. Magistrada-Juez del primer grado, y, por lo tanto, la misma debe ser mantenida en esta alzada; por lo que el presente recurso de apelación, sin necesidad de otros razonamientos, debe ser desestimado.

La posible dificultad para obtener una certificación de matrimonio en el país extranjero motiva la inadmisión de la demanda de divorcio pues la prueba de la existencia del matrimonio es la propia certificación.

AP Álava, Sec. 1.ª, Auto de 21 de febrero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui

Al someterse las partes al proceso español han de atenderse las previsiones de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC). El artículo 770.1.º LEC es tajante al exigir «certificación de la inscripción de matrimonio». Obviamente no cabe exigir que la misma sea española, pues los cónyuges contrajeron matrimonio en Guinea, pero sí el documento equivalente, debidamente legalizado por la embajada o consulado respectivo.

El juzgado así lo entiende, concede un término para la subsanación y no se atiende. Nada hay de extraordinario, por lo tanto, en que no se admita la demanda cuando falta un elemento esencial para que un procedimiento de divorcio pueda tener lugar. Es esencial porque sin el mismo no consta el matrimonio, presupuesto para que pueda tramitarse una demanda de divorcio.

Las alegaciones sobre la dificultad del interesado en obtener la certificación oportuna care-

cen de fundamento, pues no consta petición, trámite o gestión infructuosos que evidencien que se procuró y no se logra. El documento acompañado es una fotocopia de un fax que contiene una certificación de una comunidad de vecinos, que no ha sido legalizada. Ni por su forma (fotocopia de un fax no legalizado), ni por su contenido (no consta que proceda de la autoridad nacional respectiva con funciones semejantes al Registro Civil), tiene el valor que nuestra norma procesal concede a las certificaciones de matrimonio.

Las aseveraciones sobre las dificultades del matrimonio tampoco impiden constatar que el requisito legal se ha incumplido, por lo que es procedente la inadmisión, tal y como en situaciones similares han señalado otras audiencias (AAP Las Palmas, Secc. 5.ª, de 30 de marzo de 2006, AAP Sta. Cruz de Tenerife de 19 de enero 2009).

Se deniegan las litis expensas pues la esposa no ha acreditado haber solicitado la obtención del beneficio de justicia gratuita y que éste le fue denegado por causa imputable exclusivamente a la posición económica del otro cónyuge.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Muñiz Díez**

En cuanto a las litis expensas reiteradas por la Sra. Guillerma en esta alzada cabe decir que la finalidad de las llamadas litis expensas es evitar la indefensión, en que el proceso de separación o divorcio puede producir al cónyuge que carece de bienes propios para pleitear, y que tampoco puede conseguir el beneficio de justicia gratuita, habida cuenta de la situación patrimonial de su consorte, siendo regulada tal institución en los artículos 103.3.ª, 104 y 1318, párrafo 3.º, del CC. Conforme a este último precepto para determinar la procedencia de esta carga matrimonial deben concurrir los siguientes requisitos: que no medie mala fe o temeridad en el solicitante, que el solicitante carezca de bienes propios suficientes para atender tales gastos y, en último lugar, que la posición económica de su cónyuge le permita asumir el pago de los correspondientes

gastos judiciales, lo que en ese sentido negativo supone que sólo procede la condena al pago de litis expensas si el litigante que las pretende no puede conseguir el beneficio de justicia gratuita habida cuenta la posición patrimonial de su consorte.

La recurrente reclama por este concepto 4.140,00 euros. La carga de la prueba de la procedencia de su fijación corresponde a quien la reclama y en este caso y como la sentencia recurrida señala la Sra. Guillerma no ha acreditado haber solicitado la obtención del beneficio de justicia gratuita y que éste le fue denegado por causa imputable exclusivamente a la posición económica del otro cónyuge, constando en autos que el régimen económico matrimonial es el de separación absoluta de bienes recurrente, acordado en Escritura de Capitulaciones

Matrimoniales de fecha 8 de octubre de 2002, autorizada por el Notario de San Juan de Aznalfarache D. Paulino Ángel Santos Polanco, con

número mil novecientos veinticuatro de protocolo (documento núm. cuatro de la demanda, folios 21 a 23).

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Los alimentos deben ser abonados por el progenitor obligado desde la fecha en que suscribió el convenio regulador y no desde la fecha de la demanda.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

En el escrito de oposición se alegó, en primer lugar, que la demanda de separación se había presentado en el mes de junio de 2001, por lo que la obligación de pago de la pensión debe comenzar en dicho mes y no en el mes de febrero de 2001, como se pretendía por la ejecutante. Este motivo de oposición, que fue rechazado por el Juez *a quo* se reproduce en el recurso de apelación.

El recurso debe rechazarse en este punto en cuanto los alimentos deben ser abonados por el progenitor obligado desde la fecha en que suscribió el convenio regulador, y no desde la fecha de la demanda, si bien la cuestión carece de trascendencia práctica en el presente caso, en atención a lo que se dirá posteriormente, respecto de la excepción de caducidad de la acción, también alegada por el recurrente.

Aunque se estima parcialmente la oposición, se condena en costas al ejecutado pues la reducción de la deuda ha sido de poca importancia.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

El recurrente se opone también a la imposición de las costas causadas en la primera instancia, que acordó el auto recurrido. Ello con base a que la oposición fue estimada parcialmente. La cuestión, visto lo dispuesto en el artículo 561 en relación al 394 de la LEC, debe resolverse en el mismo sentido que lo ha sido por esta Sala en supuestos precedentes de similar contenido, en los que, estimándose parcialmente la oposición, se impusieron las costas a la parte ejecutada en base a que, aun cuando la cantidad por la

que debía continuar la ejecución se había visto reducida respecto de la solicitada y respecto de la que se despachó ejecución, la reducción de la cantidad era de poca importancia en relación con el total adeudado, siendo atribuible al ejecutado la necesidad de acudir a la vía judicial para obtener el pago de las cantidades debidas, debiendo en consecuencia mantenerse el pronunciamiento sobre esta materia que contiene el auto recurrido.

No puede considerarse que los ingresos que aparecen en efectivo en la cuenta bancaria de la madre se correspondan con entregas en metálico del importe de las pensiones por parte del padre.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 25 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Marta María Gutiérrez García**

Se interpuso por la representación procesal de D.ª Marisa, recurso de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón que estimando parcialmente la oposición formulada por D. Óscar, mandaba seguir adelante la ejecución únicamente por la suma de 9.085,18 euros frente a los 15.150,24 euros reclamados en la demanda por estimar que el ejecutado había abonado la cantidad de 6.065,06 euros mediante entregas en mano.

Por la ejecutante se interpone recurso de apelación contra el citado Auto por cuanto no hay acreditación del pago de la cantidad que se dice entregada en mano.

Dispone el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que si el título ejecutivo fuera una sentencia o una resolución judicial o arbitral de condena o que apruebe transacción o acuerdos logrados en el proceso, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente.

El ejecutado se opone a la ejecución despatchada alegando que existió un acuerdo verbal entre ambas partes, en virtud del cual, a partir del año 2009, el abono de la pensión de alimentos y compensatoria se haría en mano.

Por la contraparte se niegan que existieran entregas en mano reclamando en la ejecución instada las cantidades correspondientes al año 2009 y la transcurrida de 2010 por los indicados conceptos y con arreglo a lo fijado en la sentencia de divorcio.

Así centrados los hechos sometido a debate, este Tribunal, tras ejercer la función revisora que le es propia, no puede compartir la decisión alcanzada por el Juez de instancia admitiendo la

existencia de entregas en mano, por cuanto de las pruebas obrantes en autos no resulta acreditado que el demandado hubiera cumplido con la obligación de pago de la pensión compensatoria y de alimentos que se le impuso en la sentencia de divorcio durante el tiempo que se le reclama y por la cuantía allí fijada y, por ende, su oposición no puede prosperar, al no haber acreditando fehaciente el pago de lo que se le reclama, único motivo de oposición esgrimido, dadas las causas tasadas de oposición a la ejecución de títulos judiciales, pues de las entregas en mano no hay constancia alguna, al haber negado la contraparte que se hubiera llegado a un acuerdo verbal para cambiar la forma de pago establecida en sentencia mediante entregas en mano, no existiendo otra prueba al efecto y, sin que sean relevantes a este respecto lo declarado en el proceso penal, máxime cuando allí tampoco se demostró este hecho ni con las declaraciones de la menor, y, en tanto no se produzca en una nueva resolución judicial un cambio en la forma de cumplir con las obligaciones impuestas, los obligados han de atenerse a lo fijado en la sentencia que la impone en cuanto a la forma de cumplimiento de la obligación.

Por último, y con relación a los ingresos en la cuenta de la demandante de cantidades en efectivo que no corresponden con los ingresos procedentes de su trabajo, no hay constancia que procedan de las entregas en mano por parte del obligado, pues a este último era a quien correspondería acreditar que las mismas se corresponden con las cantidades por él entregadas, pues no se están debatiendo en este incidente los ingresos que tenga la demandante por otras vías o si recibe ayudas por parte de familiares, ni es posible entrar a examinar las cuentas y las disposiciones de efectivo de personas que no son parte en este procedimiento, lo que se trata

de resolver en esta instancia es si el obligado al pago cumplió con lo que se le impuso, pagos que le liberarían de la ejecución despachada, pero de dichos pagos y, por ende del cumplimiento de la obligación impuesta en sentencia no hay prueba alguna, siendo a él a quien correspondería acreditar tales extremos de forma fehaciente, como exige el precepto antes transcrito, lo que en modo alguno ha cumplido.

No acreditándose que se hubiera dado ya cumplimiento al pago de la pensión compensatoria y de alimentos, y no observándose ninguna causa que exima al ejecutado al pago que se le ha exigido en esta ejecución, conlleva la desestimación de la oposición formulada, y en consecuencia, a la estimación del recurso de apelación.

Al padre le fue detraído de su pensión mensual, en virtud de retención judicial, el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a un período en el que judicialmente se declaró inexistente la obligación. Es evidente que se ha generado un pago a todas luces indebido, con el consiguiente enriquecimiento injusto de la contraparte, gestora de las pensiones, por lo que no cabe hablar de cantidades consumidas, resultando por ende procedente el reintegro.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Auto de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María del Rosario Hernández Hernández**

En el supuesto de autos, se instó ejecución de título judicial por el recurrente en reclamación de las cantidades indebidamente abonadas en exceso en concepto de alimentos a favor de los hijos comunes de los litigantes, en el período que media entre la fecha en la que se decreta retroactivamente la extinción de cada una de las pensiones y la de la sentencia de modificación de medidas que así lo acuerda, de 17 de enero de 2008, que constituye el título de la presente ejecución, y en la que se remite al ejecutante al juicio de ejecución para el reintegro o devolución de lo indebidamente satisfecho, resolución íntegramente confirmada por Sentencia de esta Sala, de 23 de octubre de 2008, al desestimar el recurso de apelación de la contraparte.

Obra en autos certificación del Jefe de Sección de Clases Pasivas en la Delegación de Economía y Hacienda en Albacete, fechada a 16 de septiembre de 2008 (documento obrante al folio 16 de autos), en la que se expresa la retención efectuada de pensión alimenticia e ingresada a la ejecutada entre enero de 2003 y marzo de 2008, en importe que detalla de 10.071,82 euros, que integran el principal que se reclama en la presente.

Obra igualmente comunicado del mismo Jefe de Sección, en el que consta que en relación al pensionista D. Cosme, aquí recurrente, en la nómina del mes de marzo de 2006, finalizaron las retenciones correspondientes a los atrasos, por el importe de 9.987,41 euros, referentes al Procedimiento Familiar de Divorcio Contencioso 637/1992.

El auto recurrido de fecha 15 de junio de 2010, estimando la oposición a la ejecución despachada, deja ésta sin efecto al entender que las cantidades por las que se despachó la ejecución, al haberse abonado en concepto de pensiones alimenticias, han sido consumidas en necesidades perentorias de la vida, entendiendo impropio su reintegro.

Este criterio seguido en la instancia, no es compartido en la alzada. En el concreto caso que se enjuicia, lo acontecido es que, por apreciarse independencia económica de los hijos, ya todos ellos mayores de edad y prestando sus servicios retribuidos por cuenta ajena, en Sentencia de modificación de medidas de 17 de enero de 2008, se acordó la extinción de las pensiones de alimentos de los 3 comunes de los litigantes, retrotrayendo los efectos extintivos al momento

en que se obtuvo por cada uno de ellos meritada independencia.

Como quiera que en el interregno, al recurrente le fuera detraído de su pensión mensual en virtud de retención judicial, el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a un período en el que judicialmente se declaró inexistente la obligación, es evidente que se ha generado un pago a todas luces indebido, con el consiguiente enriquecimiento injusto de la contraparte, gestora de las pensiones que nos ocupan, quien no recibe ya el importe en concepto de alimentos imprescindibles para el sustento, de donde no cabe hablar de cantidades consumidas, resultando por ende procedente el reintegro.

Por lo demás, cuantas alegaciones se vierten de contrario en orden a que las retenciones obedecieran a deuda anterior por impago de alimentos vencidos y no satisfechos, decaen a la vista del contenido de los documentos a que nos referimos en el precedente fundamento

jurídico, de los que se infiere destinada la cantidad retenida de la pensión a percibir por el ejecutado, e ingresada en la cuenta de D.^a Caridad en los períodos a que se contrae la reclamación, a pago de pensión alimenticia corriente, habiendo concluido las retenciones efectuadas para el saldo de los atrasos objeto del procedimiento de ejecución 637/1992 en importe de 9.987,41 euros, principal por el que se despachó en el Auto de 31 de octubre de 2001, en el que se ampara la ejecutada, en la nómina del mes de marzo de .006, sin que con posterioridad a la fecha del auto finalmente mencionado, resulten otras ejecuciones seguidas a instancia de la recurrida por impagos, susceptibles de compensación.

Por lo expuesto, procede la estimación del recurso, con revocación del auto recurrido y devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que se continúe con la ejecución despachada a 3 de febrero de 2009, en la forma legalmente prevista por la ley.

Se estima la oposición a la ejecución, pues estando residiendo la hija con los abuelos paternos con el consentimiento de ambos progenitores, no puede la madre reclamar al padre la pensión alimenticia fijada en la sentencia de divorcio.

AP León, Sec. 2.^a, Auto de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmao. Sr. D. Antonio Muñiz Díez**

Se insta ejecución por D.^a Otilia frente a D. Jesús María en base a Sentencia de divorcio en la que, entre otros pronunciamientos, se fijó una pensión de alimentos de 650 euros mensuales favor de cada hija a pagar por el padre. Reclama 1.313 euros, de principal, correspondientes a dos mensualidades de la pensión alimenticia de la hija, Erica (concretamente los meses de febrero y marzo de 2010), más otros 390 euros, para intereses, gastos y costas.

A la reclamación se opuso el ejecutado, excepcionando plus petición, en base a que desde el mes de enero de 2010 la hija ha pasado a convivir de forma estable con los abuelos paternos, sufragando el padre los gastos de la misma.

El Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de León con fecha 20 de octubre de 2010 desestima la oposición y manda seguir adelante la ejecución despachada y contra el mismo, y en disconformidad con tal pronunciamiento se interpone recurso de apelación por el ejecutado.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario solicita la confirmación del auto dictado por el juzgado.

Ciertamente como razona el Auto de instancia, la causa de oposición en los procedimientos de ejecución forzosa de sentencia firmes vienen tasadas por el artículo 556 de la Ley de Enjuici-

ciamiento Civil, que no contempla como tal la plus petición; y fundamentalmente se concretan en el pago, justificado documentalmente, o cumplimiento de la condena en que consista, por cuanto las sentencias deben cumplirse en sus propios términos (ex artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, más allá de criterios estrictamente formalistas, la posición procesal del ejecutado debe ser analizada ahora desde otra óptica cual es la que trata de justificar que el mismo no adeuda los alimentos de su hija Erica por cuanto que la misma ha pasado a convivir, con el consentimiento de la madre, con los abuelos paternos que son quienes sufragan la totalidad de sus gastos con las aportaciones del padre.

La madre ejecutante reconoce que la hija, Erica, desde el mes de enero de 2010, ha pasado efectivamente a convivir con los abuelos paternos, y si bien afirma que pese a ello la mayoría de los gastos de la hija han seguido corriendo de su cargo, sin embargo, no lo ha acreditado.

Pues bien, habida cuenta que la condición de la madre, respecto de los importes adeudados por pensiones alimenticias a favor de los hijos por razón de nulidad, separación o divorcio, es solamente la propia del administrador de los mismos, con facultades para su reclamación y para determinar el modo de su aplicación a la finalidad para la que vienen destinados, es claro que para que prospere la solicitud de reclamación de la deuda en concepto de pensión de alimentos en un período determinado, se hace preciso demostrar que en dicho período se mantenía, con carácter estable, permanente

y duradero, la convivencia de dicho hijo con dicho progenitor y, por lo mismo, acreditado, como ocurre en el presente caso, que mediante el acogimiento, cuidado y alimento dispensado por los abuelos paternos a la hija, la finalidad de la prestación se ha cumplido, sin que conste protesta respecto de su suficiencia u oportunidad, sin aportación alguna por parte de la madre durante dicho período, no puede venir ésta a reclamar ahora su importe, debiendo, por tanto, rechazarse, como dice, entre otras, la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 12, de 7 de mayo de 2010, la acción ejecutiva al haberse entablado con manifiesto abuso de derecho (que la ley no ampara), por aplicación de lo preceptuado en el artículo 11.2 de la LOPJ, conforme al que los Jueces y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho, o entrañen fraude de ley o procesal, y ello también, como dice la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 22, de 1 de octubre de 2010, «so pena de dar lugar de modo infundado a un enriquecimiento injusto, en favor del progenitor que ya no convive con dicho hijo», por lo que, y mientras se mantenga tal situación habrá de entenderse en suspenso la obligación por parte del recurrente de abonar la pensión de alimentos a favor de la hija Erica a su madre debiendo hacerlo directamente a aquélla, si ya es mayor de edad, o a los abuelos con quienes convive, pues, desde luego, lo que no puede el padre es quedar exonerado en ningún caso del cumplimiento de la obligación que le viene impuesta en sentencia firme.

Por cuanto antecede, se deja sin efecto la ejecución despachada en el auto apelado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Las obras realizadas por el esposo en la vivienda familiar han servido para incrementar el valor actual del inmueble y por ello debe incluirse un reintegro a su favor en el pasivo de la sociedad, sin que sea aplicable a esta reclamación la prescripción del artículo 1966 del CC.

AP Salamanca, Sec.1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Morán González**

Los gastos de reparación de la vivienda referidos en la sentencia de instancia, por importe de 46.400 euros, son gastos que sin perjuicio de que respondan algunos de ellos al uso durante tiempo de la vivienda que le fuera concedido a Rafael, lo cierto es que esa cantidad económica ha servido para incrementar el valor actual de dicha vivienda, y por lo tanto pasa a formar parte del activo de la sociedad de gananciales, se trata de un activo mejorado, y del que se va a beneficiar por tanto también la actora.

La actora parece confundir en este recurso conflictos derivados de un procedimiento matrimonial con conceptos que atañen a una liquidación de la sociedad de gananciales. El uso de la vivienda adjudicado al demandado afectó al procedimiento respectivo matrimonial, lo cual es ajeno a lo que significa una liquidación de la sociedad ganancial.

La parte actora acredita la ejecución de las obras referidas en la vivienda, mediante la factura que obra a los folios 159 y 160 de autos expedida por la entidad que consta en dicha factura. La parte contraria no puede contentarse simplemente con afirmar que se trata de una factura preparada previamente de manera artificial

para inflar el pasivo de la sociedad de gananciales a favor del demandado. Su alegación debe probarla la parte que la hace, que es a quien corresponde la carga de la prueba. Nada hay al respecto.

La factura antes referida, como otros documentos presentados al efecto, no han sido impugnados en su debido momento por la parte actora, pretendiendo hacerlo en este momento procesal, como si derivado del resultado adverso de este procedimiento, se intentara cuestionar lo que no se cuestionó debidamente en instancia.

En modo alguno es estimable la pretensión de la recurrente en el sentido de que respecto a la cantidad antes indicada ha operado la prescripción del artículo 1966 del Código Civil. Ninguno de los supuestos que recoge dicho artículo es atribuible al pago efectuado por el demandado de la factura indicada; como mucho podría debatirse el del tercer supuesto de dicho artículo, que se refiere a plazos que deben hacerse por años o plazos más breves; artículo que se refiere a prescripción de acciones determinadas en las obligaciones en que el pago de lo principal es periódico, cosa que evidentemente no se da en el presupuesto que estamos contemplando.

Crédito a favor del esposo de las cantidades que abonó en concepto de IBI a pesar de que él fue usuario del inmueble.

AP Salamanca, Sec.1.^a, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Morán González**

Lo mismo ocurre con la pretensión de la recurrente de que se excluya del pasivo de la sociedad el crédito del demandado contra dicha sociedad de la parte de IBI a que se refiere el fallo de la sentencia recurrida en su punto segundo.

Una vez más la actora trata de traer a debate conceptos que son propios del procedimiento matrimonial. Como afirma la sentencia recurrida, el impuesto a que nos estamos refiriendo afecta a la propiedad del inmueble, y por lo tanto en la parte que determina la sentencia debe ser sometido a la liquidación de dicha sociedad de gananciales, tal como determina la sentencia recurrida.

Si la vivienda fue adjudicada en su uso al esposo de la sentencia de divorcio en el tribunal francés a que se refiere la actora en su escrito inicial de este procedimiento, allí se harían las compensaciones oportunas o se tomarían las decisiones pertinentes en virtud de esa atribución de la vivienda, del uso de dicha vivienda, al hoy demandado; de la misma manera que cualquier sentencia matrimonial es modificable por alteración sustancial de circunstancias. Pero no es estimable el que se pretenda que todo el valor del impuesto que afecta al inmueble corra a cargo de quien ha usado ese inmueble, pues es cuestión que atañe a la propiedad.

Los gastos de comunidad son a cargo de los propietarios de la vivienda por lo que, abonados en exclusiva por el esposo, procede su reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Morán González**

El mismo argumento expuesto anteriormente sirve para desestimar la pretensión de la actora en lo que atañe a las cuotas comunitarias. La obligación de pago de la comunidad, de los gastos de comunidad es obligación unida al concepto de propiedad sobre el inmueble. La Ley de Propiedad Horizontal no obliga a un arrendatario o a un usuario a que pague cuota de comunidad alguna, sino que eso es obligación del propietario. Y en este caso la propiedad era y es de la sociedad matrimonial respectiva. Por ello procede confirmar el punto tercero del fallo de la sentencia recurrida, toda vez que los

gastos comunitarios han sido sufragados en su integridad por el esposo, como corresponde a los propietarios, a los dos propietarios, de dicha vivienda.

Lo que no puede pretender ahora la parte que recurre es que se desmenucen aquellos gastos de comunidad que atañen al uso directo del inmueble, calefacción, de aquellos otros más lejanos a este concepto de uso, antenas de televisión. Insistimos en que se trata de gastos de comunidad todos ellos atribuibles a la propiedad, y no uso alguno.

No se puede considerar disuelta la sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho pues ésta es incierta y se han alternado períodos de ruptura con reconciliaciones y además ambos han ido abonando por mitad las cargas del matrimonio.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José García Bleda**

Por la representación de Carlos María se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en la instancia solicitando su revocación parcial en el sentido de determinar e incluir en el fallo la fecha de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales del matrimonio concretándola en el día 27 de julio de 2006 como fecha del cese de la convivencia en común entre ambos y a tenor del reconocimiento efectuado por los mismos de la efectividad de la misma con los efectos económicos derivados de tal reconocimiento y determinante de las sumas debidas a Carlos María por los conceptos recogidos en el apartado II página 24 de la propuesta de inventario formulada por dicha parte con fecha

2 de julio de 2009 por haber sido costeados en su integridad por el mismo según los justificantes aportados con dicho inventario (páginas 25 a 38).

Alega en esencia el recurrente que sería errónea la conclusión de la juzgadora de instancia al considerar como fecha válida para considerar disuelta la sociedad conyugal la de la sentencia de divorcio de fecha 26 de octubre de 2009 lo que conllevaría a la aplicación errónea del artículo 1393.3.º del CC, pues desde día 27 de julio de 2006 se produjo el cese de la convivencia en común entre ambos sin que desde entonces volviera a reanudarse separando sus cuentas bancarias en las que cada uno recibía el

importe de sus respectivos sueldos y residiendo cada uno en diferentes inmuebles (el esposo primero en casa de sus padres y después en la parcela sita en el Paraje Hoya Marido y la esposa en el hogar familiar de la Calle Yeste) desentendiéndose la esposa de los gastos comunes de los bienes inmuebles gananciales que han sido atendidos en exclusiva por el esposo según acredita con los correspondientes justificantes o al 50% en el caso de la hipoteca y derramas exigidos por la comunidad sobre el domicilio conyugal.

Establecido en tales términos el recurso resulta necesario indicar que la cuestión ha sido ya tratada por este Tribunal (véase, por ejemplo, la Sentencia de 6 de junio de 2006 (ROJ: SAP AB 518/2006)) en los términos que se expresan a continuación.

Según la Ley, la sociedad de gananciales se disuelve o concluye, en lo que ahora interesa: a) cuando se decreta judicialmente la separación, nulidad o divorcio de los cónyuges (artículo 1392 del CC); y b) cuando los cónyuges llevan separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar y además se dicta una resolución judicial que así lo establece (artículo 1393 del CC). El artículo 95 del mismo cuerpo legal confirma que la sentencia firme (de nulidad, separación o divorcio) produce, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

La claridad de lo que se expone en la Ley ha sido matizada, o mejor dicho «corregida» según la STS de 26 de abril de 2000, por la jurisprudencia. Pueden citarse las SSTs de 23 de diciembre de 1992, 27 de enero de 1998, 29 de abril de 1999 y 11 de octubre de 1999. En ellas se contemplan situaciones de separación de hecho mantenidas durante largos períodos, y se afirma que ello destruye el fundamento de la sociedad conyugal, pues el abandono de familia no conlleva la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los artículos 1393.3.º y 1394 CC (que dice que los efectos de la disolución acordada según el artículo anterior se producen desde la fecha de la resolución judicial), porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia, atenta a la realidad social, ha dado una doctrina que en sí misma pugna con su letra,

no exigiendo ninguna resolución judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales, pero ello es así, obviamente, en los casos en los que se cumple el requisito fáctico y cronológico del mismo (cuando los cónyuges llevan separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar). Esa doctrina requiere, como elemento indispensable, además de la prolongación en el tiempo de la situación contemplada en el artículo 1393.3.º del Código Civil, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial (S. 26 de abril de 2000). Así pues, no puede extraerse la conclusión de que para la jurisprudencia cualquier separación de hecho conlleva automáticamente la disolución de la sociedad de gananciales. Por ejemplo, en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 diciembre de 1992 (RJ 19920653) la separación duró al menos cuarenta años, en los que los cónyuges vivieron con independencia, habiendo formado el marido una nueva familia extramatrimonial, en la que tuvo dos hijos; la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999324) se refiere a un caso en el que la separación de hecho se inició diez años antes de que se dictara la sentencia matrimonial, y además el marido, que fue el que abandonó el domicilio conyugal, dejó entonces un escrito indicando claramente que daba por disuelta la sociedad conyugal a partir de aquel momento; y por último, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2000 (RJ 2000230), se plantea la aplicación de la doctrina expuesta a una situación de más de ocho años de separación de hecho libre y mutuamente consentida, durante seis de los cuales el esposo había formado una nueva unidad familiar. Como se ve, se trata de casos muy peculiares, que se apartan de los típicos y normales en los que se produce la crisis matrimonial con la consiguiente separación de hecho y, acto seguido, se inician los trámites judiciales de separación o divorcio, casos estos en los que no hay razones para apartarse de la literalidad de la Ley.

En el caso de autos lo que se ha producido es una separación que, en su desarrollo, podría calificarse de típica, pues tras la crisis matrimonial se inició, el proceso judicial en el que se dictó la sentencia de divorcio.

La representación del apelante, pretende que se considere como fecha de disolución de la sociedad de gananciales desde día 27 de julio de 2006 fecha en la que alega se habría producido el cese de la convivencia en común entre ambos. Ello no es posible por ir en contra de la literalidad de la Ley, y también porque no se adecua a la doctrina «correctora» del artículo 1393.3.º del CC, porque no consta esa voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial ya que como correctamente explica la juzgadora de instancia la propia fecha de la separación es incierta y se han alternado los períodos de ruptura con otros de conciliación y reanudación de la convivencia y lo que es más importante en orden a determinar la voluntad de mantener la sociedad común es que los esposos pese a vivir en domicilios separados no han dejado de atender y colaborar al bien económico común contribuyendo por mitad al pago de las cargas comunes del matrimonio haciendo frente al pago de las amortizaciones del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar común y a las cuotas y derramas de la comunidad de propietarios de dicha vivienda, es más como ya se indicó al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de divorcio no sólo en el suplico de dicha demanda solicitó que la fecha de efectos de disolución de la sociedad ganancial fuese la de la propia in-

troduciendo extemporáneamente en el recurso la petición de la que se habría producido el 27 de julio de 2006 separación de hecho sino que anteriormente al contestar la demanda acumulada situó el cese definitivo de la convivencia en fecha distinta (abril de 2007) y además incluso en su propuesta de liquidación y así lo resalta la juzgadora de instancia (Tomo II página 229) incomprensiblemente, posiblemente por error al citar el año, vuelve a hacer referencia igualmente al año 2007 para situar la separación efectiva dándose además la circunstancia de que ambos cónyuges suscribieron sin ningún reparo a la vigencia de la sociedad ganancial en fecha 13 de junio de 2007 escritura de préstamo con garantía hipotecaria (Tomo I folio 117) lo que constituye una prueba evidente de que mas allá de la pretendida separación de hecho existía la voluntad de mantener en común y colaborar en beneficio del patrimonio ganancial.

Así pues, no siendo de aplicación por las razones expuestas la doctrina jurisprudencial que permite «adelantar» la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, habrá de estarse a la de la sentencia de divorcio como establece la juzgadora de instancia.

Razones junto con las expuestas por la juzgadora de instancia que se aceptan y no se reiteran en aras a la brevedad que exigen desestimar el recurso.

Las facturas de compra de materiales no justifican por sí solas la realización de las obras en la vivienda ganancial.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José García Bleda

Se cuestiona la inclusión como pasivo ganancial de la totalidad de partidas correspondientes a gastos generados por obras que se habrían realizado en la vivienda de la C/ CALLE000 n.º NÚM000 y que se acreditarían con las facturas aportadas de materiales adquiridos (Doc. 27 a 34 a los folios 68 a 92) y aportación del documento consistente en contrato de obra —folio

281— suscrito el 10 de febrero de 2004 entre Jesús Miguel y Ruperto por importe de 21.788,15 euros sin IVA que corresponderían a la realización de los trabajos que se detallan en el referido presupuesto —folios 284 a 290— ya que, a entender, de la parte recurrente dichas obras no se habrían realizado debido a que Ruperto falleció el 29 de febrero de 2004 y tras su muerte

la propia demandante reconoció que las obras de reforma quedaron interrumpidas siendo obvio que las facturas aportadas de materiales que habrían sido adquiridos a distintas empresas no justifican por su sola expedición que tales materiales se emplearan efectivamente en las obras de reforma de la vivienda ya que en el contrato de obra se incluía el material a cargo de la empresa que realizaba la reforma y la propia actora habría reconocido que parte de los materiales que se encontraban en la vivienda sita en la C/ CALLE000 n.º NÚM000 de Hoya Gonzalo fueron llevados a un almacén que su padre tiene en la localidad de Alpera.

Al respecto ha de indicarse que realmente se han aportado por Rosaura (Doc. 27 a 34 a los folios 68 a 92) facturas de materiales que habrían sido adquiridos a distintas empresas. Ciertamente, en principio, tales facturas, algunas de las cuales están fechadas incluso el día 29 de febrero de 2004, no justifican por su sola expedición que los trabajos y los materiales a que se refieren se realizaron efectivamente y se utilizaron en las obras de reforma de la vivienda ganancial ya que en el contrato de obra suscrito con Jesús Miguel (folios 281 a 290) se incluía el material a cargo de la empresa que realizaba la reforma. De otra parte resulta acreditado por el acta notarial levantada el 26 de febrero de 2009 (folios 290 a 295) y especialmente de las fotografías que se acompañan (folios 297 a 299) que la obra no estaba finalizada, por lo que no puede concluirse sin más y sin ningún razonamiento que todos los materiales adquiridos y trabajos que reflejan las facturas aportadas se han realizado o utilizado en la obra de reforma de la vivienda. Ciertamente resulta difícil establecer con exactitud en qué medida los materiales se utilizaron pero eso no significa que tales materiales no hubieran sido adquiridos y entregados ya que aunque según describe el acta notarial las obras fueron interrumpidas y resulta lógico que tal interrupción se realizara y no parece que se reanudarán después a raíz de la muerte en accidente de Ruperto, del contenido del acta se desprende que se realizaron obras de reforma cuyo valor perfectamente justifica los trabajos facturados casi en su totalidad y la adquisición de tales materiales, pues según se desprende del Acta notarial (levantada casi cinco años des-

pues, lo que justifica el deterioro de alguna de las reformas realizadas por el mero transcurso del tiempo) se habían instalado, colocado y arreglado hasta entonces, aunque no todas, algunas ventanas nuevas y reparado diversas paredes con cemento y ladrillo en el interior existiendo material de construcción (tejas y ladrillos entre otros) en el corral, en una estancia, en la cubierta que parece reparada y preparada para retejar y en la terraza estando colocado incluso un tubo de salida de humos (fotografía 7) por lo que parece claro que se realizaron trabajos de albañilería y trabajos de cerrajería y fontanería en fases bastante avanzadas quedando partidas de acabado, enlucido, enladrillado y retejado y se realizó también parece el encofrado de hierro y hormigón de la escalera ya que sólo se indica en el acta que no existe barandilla en la escalera a la planta primera y que el suelo en todas las estancias era de cemento, por lo que se estima que las facturas a que se refieren los documentos n.º 27 a 34 de materiales adquiridos y que se refieren a material de cerrajería de aluminio de la empresa Lucons, por confección de planos de Patricia, por ladrillos, yeso y cemento de la Cooperativa Virgen de la Nieves y Almacén de Construcción Chinchilla, responden a materiales que se llegaron a utilizar en las obras de reforma ya que incluso el albarán de entrega es anterior al 29 de febrero de 2004 y por igual razón han de aceptarse las facturas que representan mano de obra de fontanería y encofrado de hierro y hormigón de la escalera y desescombro que parece claro que se realizaron. En cuanto a la factura (documento 46) de fecha 19 de febrero de 2005 de Azulejos Picazo por importe de 9490,19 euros ciertamente es genérica en cuanto a la descripción de trabajos a que se refiere pero lo cierto es que también se ha aportado el contrato de obra suscrito con Jesús Miguel (folios 281 a 290) por cantidad superior, por lo que puede entenderse que se refieren a trabajos generales de albañilería realizados hasta el momento en que se interrumpieron las obras en toda la vivienda y cubierta y especialmente a trabajos referidos a mastrado de paredes con cemento y ladrillo y preparación para enladrillado del suelo en las diversas dependencias de la vivienda u otros preparatorios o de colocación de material en el que se utilizan azulejos que en

su caso debieron ser cuanto menos parcialmente realizados ya que del acta notarial al describir la cocina y cuartos de baño en la fotografía aparece un tubo nuevo de salida de humos se indica

«no hay mobiliario ni está instalada la cocina ni los cuartos de baño», que parece referirse a los muebles y accesorios, por lo que se estima razonable incluir también la referida partida.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No puede alegar el padre para oponerse a la declaración de desamparo su desconocimiento de la situación en que vivía su hija al existir una orden de alejamiento cuando sobradamente conocía las circunstancias físicas y psíquicas que afectaban a la madre biológica.

AP Valladolid, Sec. 1.^a, Sentencia de 14 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal**

Asegura en su recurso de apelación el sr. Avelino su desconocimiento acerca de la situación que vivía su hija Rosalía, dado que le era imposible mantener relación alguna con la madre biológica al existir una orden de alejamiento. Sin embargo, de lo actuado en el procedimiento, en el que ha sido aportado todo el expediente administrativo tramitado al efecto por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, en el que existen numerosos informes de todos los servicios y técnicos que en el expediente de protección han intervenido en relación con el caso que nos ocupa, y frente al que ninguna prueba ha practicado el ahora apelante que pudiera enervar las conclusiones obtenidas del examen de dicho expediente, lo que se deduce es que D. Avelino en ningún momento ejerció adecuadamente las obligaciones y deberes inherentes a la patria potestad que ostentaba respecto

a su hija Rosalía, obviando la prestación de la necesaria asistencia moral y material, y así lo prueba la propia manifestación por él efectuada acerca del total desconocimiento de la situación de su hija, cuando sobradamente conocía las circunstancias físicas y psíquicas que afectaban a la madre biológica de la menor. No es sino con posterioridad a la declaración de desamparo y asunción de tutela de Rosalía por la Junta de Castilla y León cuando pone de manifiesto el Sr. Avelino su interés por su hija, actualmente en situación de acogimiento judicial simple con familia extensa, pues desde el mes de noviembre de 2009 se formalizó dicho acogimiento con sus tíos paternos, D.^a Flora, hermana del apelante, y D. Rogelio. En consecuencia, y con independencia del devenir de dicho acogimiento provisional y de las ulteriores decisiones respecto de la menor, el recurso de apelación que se ha interpuesto no puede ser estimado.

Se nombra a la abuela paterna del menor defensora judicial y administradora de parte de los bienes cuyo padre falleció, pudiendo seguir ejerciendo la madre las funciones de la patria potestad y la administración del resto de bienes que pertenecen al menor.

AP Asturias, Sec. 1.^a, Sentencia de 11 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas**

El recurso de apelación se presenta por la parte demandante que pretendía el nombramiento de defensor judicial y administrador de los bienes del menor, frente a la sentencia del Juzgado de Instancia que estima parcialmente su demanda.

La STS de 17 de mayo de 2004, que cita el Juez de Instancia, resume con gran claridad la jurisprudencia sobre la figura del defensor judicial y sobre lo que debe entenderse por «conflicto de interés o «interés opuesto» o «incompatibilidad u oposición de intereses», como lo denomina indistintamente el CC.

Dice esta sentencia que «los artículos 162.2 y 163 del Código Civil establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados (Sentencias de 17 de enero y 4 de marzo de 2003), que el artículo 299.1.º del mismo Código extiende a otros supuestos. Se trata del defensor judicial, con precedente en el curador *ad hoc*, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales...».

Se añade además en esta sentencia que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (Sentencias de 17 de enero y 4 de marzo de 2003) y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia» y que «ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (artículo 162.2)».

Más adelante la citada resolución explica lo que debe entenderse por «conflicto de intereses» al afirmar que «siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquélla para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin», concluyendo que «de ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (Sentencias de 17

de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta».

A lo expresado por la citada sentencia, otras resoluciones del TS como las de 5 de noviembre de 2003, 30 de junio y 9 de julio de 2004, afirman que «la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses».

De la jurisprudencia expuesta se deducen las características de esta figura, destacando su naturaleza excepcional frente a la norma general de representación de los hijos menores por sus padres, que además opera siempre en situaciones concretas, uno o varios actos, y que ha de acreditarse el conflicto de intereses, que no significa que éstos sean distintos sino opuestos e incompatibles, es decir, procederá nombrar defensor judicial cuando sea razonable entender que la defensa de los intereses de los padres vaya en detrimento de los intereses del menor o pongan en peligro el interés de éste.

Pero la demanda no sólo interesaba el nombramiento de defensor judicial conforme al artículo 163 del CC sino también el nombramiento de administrador judicial de conformidad con el artículo 167 del CC, que asimismo se cita en la fundamentación de la demanda, precepto previsto para los supuestos en que la administración por los progenitores de los bienes del menor ponga en peligro el patrimonio de éste. Se trata de una medida también de carácter excepcional como se deduce no sólo de su texto sino de su escasa aplicación en la práctica y que

parece requerir según su contenido, que la administración llevada a cabo por los padres, en este caso por la madre, hubiera puesto en peligro el patrimonio del hijo.

Conforme a la jurisprudencia citada en el anterior fundamento, el Juez de Instancia resuelve nombrando defensora judicial y administradora a la demandante, abuela del menor, aunque no con carácter general como se pedía, sino para concretos actos, y que se limitan al cobro de determinados seguros que debía percibir el menor por la muerte de su padre, debiendo cesar en su cargo una vez ingresadas las cantidades en una cuenta y aplicar la parte correspondiente a la cancelación del préstamo hipotecario, la mayoría de cuyas obligaciones se encuentran ya cumplidas en el momento de esta apelación.

La parte apelante, empieza por alegar incongruencia porque la sentencia no resuelve todos los aspectos planteados en la demanda, sobre cuya alegación es preciso señalar que no hay incongruencia cuando se decide la estimación parcial de la demanda, que lleva implícita o expresamente la desestimación del resto de los pedimentos no acogidos.

En todo caso la parte apelante se refiere a que la sentencia tan sólo examina el posible conflicto de intereses pero no el peligro para el patrimonio y aunque es cierto que la fundamentación de la sentencia parece estudiar únicamente la aplicación del artículo 163 del CC sin referirse al artículo 167 del CC, salvo para decir que fue invocado por la demandante, sí entiende que no hay motivos para privar de la administración a la madre salvo en los actos que enumera, respecto a los cuales no sólo nombra a la demandante defensora judicial sino administradora. En todo caso y por si pudiera entenderse que existe una insuficiente motivación de la solicitud de administradora al amparo del artículo 167 del CC, esta resolución examinará los dos supuestos legales invocados.

El segundo de los motivos se refiere a la incongruencia del fallo por incluir el cobro del seguro de Mapfre, seguro que en el momento de la sentencia, ya había sido cobrado, habiéndose cancelado también el préstamo hipotecario mediante el seguro de vida Bansabadell, quedando

únicamente pendiente de cobro la cantidad de 8.358,20 euros. No se trata de incongruencia pues tal cobro y cancelación estaban pendientes cuando se presentó la demanda y por tanto tan sólo habrán de ser tenidas en cuenta las manifestaciones de la demandante para lo que resulte del fallo de esta resolución.

El tercero de los motivos del recurso se refiere a la no inclusión por parte de la sentencia del cobro pendiente en el procedimiento de títulos judiciales n.º 7189/05 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Siero, que en su momento instó el padre del menor contra la madre por un principal de 5.100 euros, supuesto en el que es evidente que los intereses del menor como heredero de su padre y ejecutante en dicho procedimiento y su madre como ejecutada son opuestos e incompatibles, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, y por tanto debe acogerse este motivo de apelación.

El resto de los motivos de apelación, cuarto, quinto y sexto, pueden agruparse pues constituyen el verdadero núcleo de la discusión litigiosa, al hacer referencia al error en la valoración de la prueba e infracción de ley, centrándose en la consideración de la situación de riesgo para el patrimonio del menor, como fundamento de las medidas pedidas con carácter general.

Con carácter previo ha de hacerse constar que una cosa es el conflicto de intereses de índole económico que puede darse entre la madre y el hijo, que es una cuestión de carácter objetivo, y otra los conflictos que han centrado la mayor parte de la prueba documental y de los interrogatorios y declaraciones testificales desarrollados en el juicio, que son completamente ajenos a lo que debe dilucidarse aquí. No se trataba de traer aquí los conflictos existentes en vida del padre entre éste y la madre del menor con condenas penales de ambos, episodio de violencia doméstica u otros, ni los conflictos entre la abuela del menor y la madre en relación al derecho de visitas y ni siquiera el hecho de que la madre en un determinado momento estuviera dispuesta a ceder al padre la custodia del hijo, pues ninguno de esos hechos tienen relación alguna con un conflicto en el que pueden existir intereses opuestos entre madre e hijo por cuestiones de índole económica, ajeno a toda la

problemática que subyace en este asunto y que incluso fue insinuada como origen de la demanda por el letrado de la parte demandada en alguna de las preguntas formuladas a los testigos.

Entrando en las cuestiones objeto de discusión, de las pruebas documentales obrantes en autos resulta que lo que puede poner en peligro el patrimonio o intereses del menor son las indemnizaciones o percepciones que reciba en metálico el hijo, pues de confundirse con el patrimonio de la madre, tales cantidades podrían verse embargadas o destinadas al pago de deudas de ésta, lo que no sería descabellado pensar dado el historial de embargos o ejecuciones contra el patrimonio de D.^a Pura y que constan en la amplia prueba documental aportada, así como la situación de carencia de ingresos que ella misma reconoce, todo ello confirmado con la falta de actividad de la madre en asuntos de interés del menor que se relatan en el recurso de apelación y que quedan reflejados en el interrogatorio de la demandada, por lo que la medida excepcional, tanto en relación al nombramiento de defensora judicial como al de administradora, ha de abarcar sólo a aquellas percepciones del menor de contenido pecuniario y no a los inmuebles que pudiera heredar de su padre, pues en el caso de bienes inmuebles los posibles embargos u otro tipo de medidas sobre dichos bienes sólo afectarían a la parte propiedad de la madre, que tan sólo es la mitad indivisa de una finca rústica valorada a efectos del impuesto de sucesiones en 925 euros (folio 251), sin que sirva como precedente lo ocurrido en vida del padre en relación al embargo de la seguridad social pues, como puede verse por la resolución recaída (folios 47 y 48), había un problema jurídico en relación al carácter ganancial de los bienes embargados, problema que no existe en la actualidad.

Es cierto que limitar la medida al cobro de los seguros a que se refiere la sentencia, cesando en el cargo una vez percibidas las cantidades e ingresadas en una cuenta, lo que supondría la recuperación de la administración por parte de la madre, no evita el peligro para el patrimonio del menor, pudiendo terminar afectadas dichas sumas por medidas de aseguramiento o ejecutorias contra la madre, motivo que expresa el

recurso de apelación y que debe ser acogido; por lo que habrá que concretar a qué bienes del menor afectan las medidas adoptadas que no han de limitarse al cobro de determinados seguros, la mayoría ya percibidos, sino también a la administración de las sumas obtenidas hasta la mayoría de edad del menor o emancipación, sin que tales medidas deban extenderse a los bienes inmuebles, por las razones expuestas.

Según se deduce de demanda y contestación, el menor tendría un patrimonio consistente en tres inmuebles (una vivienda, una parcela con carbonera y la mitad indivisa de una finca rústica —folios 221 a 225—) y en metálico, las indemnizaciones percibidas y que pudiera recibir por el accidente laboral de su padre, seguros y pensión de orfandad, que según manifiesta la demandada ascendía en el momento del juicio a 351 euros (min. 22.05). Según consta por declaración a efectos del impuesto de sucesiones y dejando aparte los bienes inmuebles valorados en un total de 36.925 euros (folio 244), el metálico existente sería: saldo en la cuenta corriente del Banco Herrero titularidad del padre, por importe de 466,36 euros, sobre el que no procede adoptar medida alguna dado que la parte apelante manifiesta en el recurso que a fecha 17 de febrero de 2009 el saldo era negativo; seguro de accidentes de Mapfre por 44.000 euros, que ya ha sido cobrado; seguro de vida Herrero con un sobrante 8.358,20 euros, tras haber sido abonado el importe del préstamo hipotecario asegurado; seguro de accidente servicio nómina de 6.000 euros; y seguro combinado de decesos y accidentes de Santa Lucía por 3.000 euros, que en el recurso se dice que son 3.500 euros y que ya han sido cobrados, lo que hace un total de 61.358,20 euros (folio 252).

Deben quedar por tanto excluidos los bienes inmuebles como ya se ha dicho y además, considerando que la madre al seguir con la guarda y custodia del menor, necesita disponer de dinero para el mantenimiento del hijo, para lo que percibía en vida la pensión alimenticia que abonaba el padre, debe excluirse también de las medidas adoptadas la percepción de la pensión de orfandad que podrá seguir siendo administrada por la madre para el cuidado de su hijo. El resto de percepciones descritas en el an-

terior párrafo, además de las que perciba como indemnizaciones por la muerte de su padre, quedarán bajo la administración de la demandante, con las demás medidas adoptadas por el Juzgador si bien la rendición de cuentas dado el tiempo que resta hasta la mayoría de edad del menor deberá hacerse una vez al año.

En definitiva, procede estimar parcialmente el recurso de apelación revocando la sentencia apelada en el sentido de nombrar a D.^a Emma como defensora judicial y administradora para el percibo y, en su caso, administración de las siguientes sumas pertenecientes al menor, hasta su mayoría de edad o emancipación:

44.000 euros percibidos por el seguro de accidentes de Mapfre; seguro de vida Herrero con un sobrante 8.358,20 euros; seguro de accidente, servicio nómina, de 6.000 euros; y seguro combinado de decesos y accidentes de Santa Lucía por 3.000 euros, ya percibidos. Así como la suma a cobrar en el proceso de ejecución de títulos judiciales n.º 7189/05 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Siero y cualquier otra cantidad que reciba como indemnización por la muerte de su padre.

Todo ello con las demás medidas adoptadas en la sentencia apelada, excepto en cuanto a la rendición de cuentas que deberá hacerse una vez al año.

Se declara a los padres incurso en causa legal para tal privación, pues durante todo este tiempo no se observó en ellos una voluntad de mejora ni pruebas objetivas que garantizaran la deshabituación del alcohol por parte de la madre ni intentos de buscar trabajo por uno y otro que garantizaran una mínima estabilidad económica con la que hacer frente a sus responsabilidades parentales.

AP Asturias, Sec. 4.^a, Sentencia de 9 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller**

Insisten los recurrentes, iniciales demandantes, padres de las menores Rocío y María Cristina, en que es necesario su asentimiento para la adopción de sus hijas. Sin embargo, una nueva valoración de la prueba practicada en autos conduce a la misma conclusión a la que llegó la juzgadora de instancia. Conforme prevé el artículo 177 del Código Civil, deberán asentir la adopción los padres del adoptando, a menos que estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación, supuesto en el que bastará su simple audiencia. Y, efectivamente, debe considerarse a los apelantes incurso en causa de privación de la patria potestad por el incumplimiento grave y continuado de los deberes inherentes a su ejercicio, referidos a la protección y asistencia de todo orden, material y afectiva, que omitieron prácticamente desde el nacimiento de las menores, siendo por ello su conducta constitutiva del motivo de extinción de este derecho-deber previsto en el artículo 170 de dicho cuerpo legal.

Así consta en autos que habiendo nacido las niñas en enero de 2004 y marzo de 2005, fueron declaradas en situación de desamparo, la primera a los dos meses, por resolución de 28 de marzo de 2004 y la segunda desde la fecha de su nacimiento, pasando a residir desde entonces y hasta su acogimiento preadoptivo en un centro de protección de menores. También sus hermanos mayores por parte de madre fueron objeto de igual medida.

Tales resoluciones fueron confirmadas por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de esta ciudad de 19 de enero de 2006, ratificada por la de la Audiencia de 6 de noviembre del mismo año.

Posteriormente se autorizó la constitución de acogimiento familiar provisional preadoptivo por resolución de 30 de julio de 2007, que también fue ratificada judicialmente por Sentencia de 22 de abril de 2009. Y, por último, se promovió su adopción por resolución de 2 de febrero de 2010.

Es decir, se está en presencia de unas menores que prácticamente desde su nacimiento en un caso y desde ese mismo momento en el otro, no han convivido con sus progenitores, mientras que, por el contrario, llevan ya tres años con sus acogedores con los que están plenamente integradas según relataron quienes acudieron como testigos al acto del juicio, que no dudaron en afirmar que esta nueva situación redundaba en interés o beneficio de las niñas.

Si lo anterior es ya de por sí suficiente para poner de manifiesto que más que ante un incumplimiento, en este caso se está ante la total ausencia del ejercicio de los deberes que incumbían a los padres como titulares de la patria potestad, ha de destacarse, además, que en modo alguno se ha acreditado que hayan desaparecido los motivos que dieron lugar a esa situación y a que se hubieran adoptado las indicadas decisiones administrativas y judiciales, consistentes básicamente en el importante deterioro de la unidad familiar, con continuas reyertas en la pareja, malos tratos hacia los hijos mayores por parte del demandante, padecimiento de alcoholismo crónico por parte de la madre, cuya inestabilidad repercutía negativamente en

los hijos, ausencia de actividad laboral alguna del progenitor, condenado en su día por abusos sexuales y que luego mantuvo una relación con otra hija de la demandante, consentida por ésta, cuando aquélla era todavía menor de edad, con la que tuvo un hijo. No se observó en todo este tiempo una voluntad de mejora ni pruebas objetivas que garantizaran la deshabitación del alcohol por parte de la madre ni intentos de buscar trabajo por uno y otro que garantizaran una mínima estabilidad económica con la que hacer frente a sus responsabilidades parentales. Mientras que, por último, la prueba que ahora practicaron a su instancia, consistente en la fotocopia de los movimientos de unas cuentas bancarias, una reserva de vivienda para alquilar y un informe médico, nada nuevo añaden pues en tales cuentas sólo figuran como ingresos el importe de sendas pensiones asistenciales por cuantía de 339,70 euros y 532,42 euros al mes, con las que difícilmente podrán satisfacer la renta de la vivienda que pretenden alquilar (400 euros al mes) y disponer de medios para atender a su propia subsistencia; y el informe médico únicamente pone de manifiesto las dolencias que padece la demandante.

Concurre el supuesto fáctico que describe el artículo 239.2 del Código Civil que de modo excepcional permite la constitución de la tutela ordinaria, con suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte del padre.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 25 de enero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García**

Frente al auto de primer grado, que declara a la menor Candelaria en situación de desamparo respecto de su padre, cuya patria potestad queda en suspenso, y nombra tutora a su tía Tarsila, interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal, que solicita su revocación al reputar improcedente el nombramiento de tutor por estar la menor bajo la patria potestad del padre.

Como este mismo Tribunal ha declarado en el auto de 17 de noviembre de 2010, recaído en el Rollo de apelación 6579/2010, es cierto que la

constitución de la tutela respecto de un menor de edad exige, según el artículo 222, apartados 1.º y 4.º, del Código Civil, que no se encuentre bajo la patria potestad, o que se halle en situación de desamparo, y también es cierto que, como regla general, el desamparo, definido en el artículo 172 del Código Civil, se constituye formalmente mediante la declaración administrativa de la Entidad pública competente, susceptible de revisión judicial, y determina el nacimiento de la tutela legal. Sin embargo, la situación fáctica

de desamparo puede ser constatada y apreciada por un Tribunal en orden a la operatividad del supuesto excepcional que prevé el artículo 239, párrafo 2.º, del Código Civil, de modo que sea admisible la designación de tutor conforme a las normas ordinarias caso de existir personas que, por sus relaciones con el menor, desasistido por parte de sus progenitores, puedan asumir la tutela con beneficio para el mismo.

En el supuesto enjuiciado, la menor Candelaria, nacida el 25 de enero de 1997, es huérfana de madre, se encuentra desconectada de su padre Sr. Luis Pedro y en situación de abandono respecto del mismo, como lo revela el acta judicial de comparecencia levantada el 16 de marzo de 2010, y se halla bajo el cuidado y la guarda de su tía materna, Tarsila, instante del procedimiento.

La menor está en situación fáctica de abandono respecto de su progenitor paterno, y cuenta con una familia extensa, hermana de su difunta madre, que ha asumido la guarda y custodia de

la misma, con consentimiento del padre, que cubre sus necesidades y atenciones, y que puede desempeñar funciones tutelares en beneficio de la propia menor.

Concurre, en definitiva, el supuesto fáctico que describe el artículo 239.2 del Código Civil, y que de modo excepcional permite la constitución de la tutela ordinaria, con suspensión del ejercicio de la patria potestad por parte del padre. De ahí que el recurso de apelación articulado por el Ministerio Fiscal no pueda ser acogido, lo que comporta la confirmación de la resolución judicial combatida, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas de alzada.

Vistos los preceptos citados, y los autos de las Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2002, de Jaén, Sección 2.ª, de 29 de noviembre de 2003, de Toledo, Sección 1.ª, de 11 de enero de 2007, de Almería, Sección 3.ª, de 9 de abril de 2008, y de Sevilla, Sección 2.ª, de 17 de noviembre de 2010.

FILIACIÓN

En la sentencia de filiación el Juez debe imponer el orden legal en los apellidos sin perjuicio del posterior cambio por vía de expediente en el Registro Civil.

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro**

En lo que afecta al cambio por alteración de los apellidos, sin perjuicio de las acciones que le asistan a la recurrente en el expediente correspondiente del Registro civil, si a su interés conviene, y sin perjuicio que se trata de cuestión a la que no alcanzó el acuerdo, que afecta a las medidas y no a tal cuestión, que se mantiene en su contenido y pretensión inicial del acto como controvertida, la sentencia ha sido dictada al respecto dentro del contenido de la norma, estableciendo el orden legal (artículo 109 CC); y ello

no quiere decir que no pueda ser alterado por acuerdo de las partes —aquí no se ha suscitado más controversia que la de la madre al respecto y la petición del padre—, por lo que la sentencia cumple con establecer el orden de fijación del Código Civil, sin perjuicio de las resoluciones que al respecto se puedan adoptar en aplicación de la Ley de Registro civil y su Reglamento, que escapan al presente procedimiento. El motivo se rechaza.

Se estima la demanda de reclamación de paternidad en base al abundante material fotográfico aportado en el que aparece el demandante junto a la madre biológica y su hijo en la

clínica maternal después del parto y en otra instantánea con el niño en brazos. Obtenidas las fotos en un momento clave en la vida del menor, sólo se explican por una íntima y profunda relación con el nacimiento de la criatura.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de enero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Sánchez Herrero

El Sr. Demetrio planteó una demanda de reclamación de paternidad, que fue estimada en la sentencia apelada, al considerar probado la juzgadora que era el padre de Indalecio, con base en las pruebas fotográficas aportadas y las testificales practicadas, así como por la negativa de la madre a someterse a las pruebas de paternidad que el actor había pedido y se habían admitido.

Dice la apelante en su escrito de recurso, que no se ha valorado correctamente la prueba practicada, pues lo único que se ha acreditado es que entre demandante y demandada existió una relación que se inició en julio de 2008 en la que se produjeron varias rupturas y reconciliaciones, y que ella se quedó embarazada de otra relación, habiéndose reanudado después la que tenía con Demetrio. Destaca que no se ha acreditado que mantuviesen ninguna relación durante el período en que tuvo lugar el embarazo, y que ella siempre se negó a que el actor reconociese al niño como suyo, porque no lo era. Por último, señala que la negativa a practicar las pruebas biológicas no supone ningún reconocimiento o *ficta confessio* de tal hecho, pues debe ser puesto en relación con la existencia de indicios suficientes para determinar presuntivamente la paternidad reclamada.

Se desestima el motivo de impugnación, al estimar que la juzgadora de instancia ha valorado adecuadamente la prueba practicada, y ha aplicado en consecuencia la doctrina jurisprudencial establecida, tanto a nivel constitucional como ordinario.

Dicha valoración ha sido conjunta, teniendo en cuenta en primer lugar el abundante material fotográfico aportado, en el que aparece el demandante junto a D.ª Verónica y su hijo en la clínica maternal después del parto, otra con el niño en brazos en tal circunstancia, momentos clave en la vida del menor que sólo se explican por una íntima y profunda relación con el naci-

miento de la criatura en aquellos momentos en que la relación con la madre era distante, según la declaración de Magdalena. A éstas se añaden distintas fotografías en las que aparecen juntos los litigantes y el niño a lo largo de su evolución durante los primeros meses de su vida, y en las que pueden verse a otros familiares también en unión del menor. Igualmente se han de tener en cuenta las fotografías tomadas en la boda de la citada testigo, a finales de octubre de 2008 —aproximadamente en la fecha del embarazo, ya que el parto tuvo lugar el 5 de julio de 2009—, lo que echa por tierra la argumentación de que en esas fechas tan determinantes sí mantenían buena relación —aparecen ambos sujetando los muñecos de los novios que suelen presidir la tarta nupcial—.

Pues bien, a tales elementos probatorios, importantes como indicios porque demuestran la gran vinculación entre Demetrio y el menor Indalecio, así como la unión que existía entre los litigantes en fechas próximas al embarazo de Verónica, acreditada por la testifical, se ha de unir la negativa de ésta a someterse a las pruebas biológicas, como otro poderoso indicio que sirve para entender acreditada la relación parental entre el actor y el niño.

En todo caso, con la argumentación expuesta en el escrito de recurso no puede dejarse sin efecto la valoración probatoria obtenida por la juzgadora de instancia, ya que el hecho de que las relaciones entre Demetrio y Verónica no se hubieran mantenido en el tiempo sino que pasaron por altibajos hasta la ruptura final, no es elemento suficiente para obviar el material probatorio mencionado, y el hecho de que la madre se hubiera negado a que en la inscripción de nacimiento figurase Demetrio como padre puede explicarse por las citadas rupturas y las malas relaciones que se dan entre ellos.

UNIONES DE HECHO

Si el propio actor menciona en la demanda que existe una sentencia dictada en Colombia, tanto si pretende su conformación o modificación, debe solicitar el exequátur, por lo que procede inadmitir a trámite la demanda de fijación de medidas de hijos extramatrimoniales.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 28 de febrero de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda**

Por la dirección letrada de la parte recurrente se solicita en su recurso la revocación de la resolución recurrida que inadmitió a trámite su demanda sobre medidas de hijos extramatrimoniales, en la que pedía la custodia de su hijo Jorge, nacido el 26 de julio de 2002, así como también su solicitud de medidas *ex* artículo 158 del Código Civil, consistentes en atribución provisional de la custodia a la madre; prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial previa y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio.

Revisadas que son en su integridad las actuaciones practicadas en la instancia, que llevaron a la Juzgadora *a quo*, con informe en el mismo sentido del Ministerio Fiscal, a inadmitir la demanda interesada, la Sala concluye como lo

hiciera el Juzgador de instancia acerca de la improcedencia de su solicitud. En efecto si como se dice existen sentencias en Colombia relativas a la atribución de la custodia de su hijo, deberá tanto si pretende su confirmación como su modificación recabar el correspondiente exequátur para obtener su reconocimiento en España. Por lo que se refiere a las medidas urgentes a adoptar con respecto al menor, del que no consta acreditado, pese a que se alegue así en la demanda, que reside en Valencia, pues otra cosa distinta se infiere de las actas notariales, —folios 28 y siguientes de los autos— lo cierto es que habiéndose solicitado la prórroga de la autorización de residir con la madre en España, ninguna urgencia puede advertirse ni peligro para el menor que determine la petición interesada, por lo que no puede accederse al recurso.

No se reconoce derecho indemnizatorio alguno tras finalizar la relación de pareja de hecho dado que la situación patrimonial de ambos convivientes es semejante, debiendo tenerse en cuenta además que los hijos de la conviviente fueron atendidos con los ingresos de ambos. Por otro lado, tampoco ha existido pérdida de oportunidades en la actora y los ingresos del conviviente se verán pronto reducidos como consecuencia de la jubilación.

AP León, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López**

La sentencia recurrida desestima la demanda presentada y rechaza la pretensión de compensación económica deducida por la demandante frente al demandado con base en el desequilibrio económico sufrido por aquella como consecuencia de la disolución de la unión de pareja estable formada por ambos.

En el recurso de apelación se insiste en la situación de desequilibrio económico y enriquecimiento injusto, y con base en tal situación solicita la revocación de la sentencia recurrida y que se fije la compensación solicitada.

Para resolver sobre la cuestión suscitada hemos de acudir a la más reciente jurisprudencia

que se aparta del artículo 97 del Código Civil como precepto aplicable por analogía (analogía legis), y se introduce en el ámbito de la analogía iuris para resolver la compensación que pueda derivarse en casos de uniones estables de pareja: no se aplica el artículo 97 del Código Civil, aun cuando éste pueda ser considerado en un ámbito general a partir del cual extraer conclusiones en cada caso concreto. Dicho de otro modo: no se aplica, sin más, el artículo 97 del Código Civil, aun cuando de tal precepto se infiera un principio jurídico que inspira, en general, el ordenamiento jurídico: compensar el desequilibrio que alguien pueda sufrir como consecuencia de una situación jurídica no regulada expresamente. Así se indica en la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 2005:

«Sentado lo anterior, es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio —Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/1992, por todas—, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica 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».

«Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio».

«Ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho».

«En otras palabras, determinar si, en los casos de ruptura de una unión de hecho, sea por consenso o por decisión unilateral, se puede derivar una compensación o una indemnización».

«Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de “la analogía iuris”, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la “analogía iuris” como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O dicho con otras palabras, esta “analogía iuris” —la “Rechtsanalogie” del B.G.B.— parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado».

«Todo ello lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver tal problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho —artículo 1.1 del Código Civil— y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10.9 y en el artículo 1887, ambos de dicho Código, que siempre servirá como “cláusula de cierre” para resolver la cuestión».

«Pues la compensación que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Estos rasgos definitorios de la base o causa de la compensación, ¿hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia *more uxorio* en la que, por hipótesis, ni un cónyuge ni el otro se obligaron o vincularon a una vida en común? Habrá que estar, como ya se ha dicho, al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones *de facto* de las que, por la vía de los *facta concludentia* se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la “pérdida de oportunidad”, que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al con-

cepto de “empeoramiento” que ha de calificar el desequilibrio».

En el presente caso, disponemos de los siguientes datos:

1. La relación de pareja se prolongó durante 28 años, y en el seno de tal relación la recurrente no sólo se dedicó a atender al hogar formado por el demandado y el hijo común de ambos, sino también a atender a otros tres hijos que tenía de un anterior matrimonio. Por lo tanto, la convivencia generada entre todos ellos no sólo sirvió para integrar el grupo familiar formado con el demandado, sino también para ofrecer sustento económico y apoyo familiar a la recurrente y a los hijos de su anterior matrimonio, respecto de los cuales el demandado no contrajo obligación alguna.

2. A pesar de la confusión patrimonial que suele producirse en las uniones estables de pareja, sobre todo cuando se prolongan mucho en el tiempo, y guiándonos únicamente por la documental aportada, vemos —como indica la recurrente— que las finca que ella vendió en el año 1983 al recurrido (documento 4 del escrito de contestación), revirtieron a ella en el año 2002, cuando Teodora y Urbano «otorgaron escritura pública de compraventa recíproca de las cuotas indivisas de los bienes que ya se enajenaron en 1983» (lo entrecomillado es cita literal del recurso de apelación), lo que ya nos indica un sustituto de condominio previo, pues no es lógico que después de —supuestamente— haber pagado el precio Teodora a Urbano, y de adquirir éste el dominio de unas fincas que aquélla le vende, unos 19 años después se constituya en condominio lo adquirido en exclusiva por Urbano, pero fuera cual fuera la realidad de las transmisiones, lo cierto es que en el recurso se reconoce que «ambas partes se igualaron patrimonialmente» (se cita textualmente del recurso).

También se dice en el recurso que «el demandado adquirió con carácter privativo, mediante contrato de cesión, del inmueble reseñado en la escritura pública que esta parte presentó a requerimiento de la contraria» (se cita literalmente del recurso). Esta afirmación resulta algo sorprendente, pues aunque no se dice abiertamente que el bien sea propiedad del demandado, de tal afirmación parece inferirse que la

adquisición se produjo con carácter privativo. Ese bien parece ser la vivienda familiar: planta primera, letra C, del edificio sito en la Plaza Salvador Fernández, de Navatejera. Como parece extraño que la demandante haya renegado de la propiedad sobre el inmueble, la alusión al carácter privativo del inmueble sólo puede tener la finalidad de atribuir al recurrido una «capacidad económica» superior al recurrido (lo entrecomillado es cita textual del recurso) que no resulta cierta: si la vivienda pertenece a ambos, como se indica en el párrafo 3.º del hecho tercero de la contestación a la demanda, y parece resultar del hecho de que siga siendo ocupado por la recurrente, la atribución de carácter privativo de la vivienda no altera la igualdad patrimonial de la recurrente y el recurrido (la vivienda pertenece a ambos).

En cuanto a la donación que hicieron D.^a Teodora y D. Urbano en el año 2003 al hijo común de ambos y a los otros tres hijos de aquélla, tampoco manifiesta alteración patrimonial a favor del recurrido, ya que él recibe la misma sexta parte que aquélla, con la particularidad de que la mitad del activo inmobiliario ha pasado a manos de los hijos que la recurrente tuvo en el primer matrimonio. Y otro tanto podemos decir en relación con el dinero obtenido por la opción de compra: si se entregaron 115.000 euros y el recurrido se llevó 36.000 euros, los demás están a disposición de recurrente, por lo que aunque entregara una sexta parte al hijo común de ambos, para ella y para sus hijos habidos en el anterior matrimonio les correspondería una suma superior a la recibida por el recurrente y a la sexta parte que pudiera recibir el hijo común a ambos.

La convivencia, por lo tanto, no sólo no ha supuesto un desequilibrio patrimonial sino que consta que aunque sólo fuera por lo que supone el activo inmobiliario y opciones de adjudicación de recurrente y recurrida que su patrimonio inmobiliario se ha visto incrementado por parte de ambos, y si la recurrente no ha llegado a adquirir una participación mayor en las operaciones realizadas no es sino porque ha aceptado que buena parte de esa participación vaya a parar, entre otros, a los tres hijos que tuvo de un anterior matrimonio. En cualquier caso, la

participación del recurrido no es superior a la de la recurrente.

3. La recurrente afirma que cuando comenzó la convivencia dejó su trabajo en el negocio donde prestaba servicios. Aunque este dato no está claro, como así resulta del documento n.º 8 de la demanda (el negocio se traspasó por la recurrente en el año 1987 y la convivencia comenzó en el año 1983), tampoco podemos apreciar una pérdida de oportunidad porque durante todo el período de vida laboral la recurrente estuvo amparada por los ingresos del recurrido, con lo que no se puede afirmar que ha sufrido algún perjuicio por haber dejado su trabajo (al presentarse la demanda le restaban unos pocos meses para cumplir los 65 años). Pero tampoco se puede considerar como pérdida de oportunidad una eventual pensión que hubiera podido percibir si hubiera seguido con actividad profesional, en primer lugar porque no consta que el abandono de la actividad profesional fuera debido a la convivencia con el recurrido cuando la recurrente ya tenía cargas familiares anteriores muy importantes (tres hijos de un anterior matrimonio), y, en segundo lugar, porque resulta sumamente incierto que la demandante hubiera seguido desarrollando actividad laboral o cuál hubiera sido su ámbito temporal y la consiguiente pensión por jubilación que le hubiera podido corresponder. Lo único cierto es que la recurrente ha visto atendidas sus necesidades y las de los tres hijos de su anterior matrimonio a cargo de los únicos ingresos que constan en autos (los del recurrido) hasta que ha llegado a la edad de jubilación, y en tal situación va a cobrar una pensión de viudedad, por fallecimiento de quien en su

día fue su esposo. Como el importe de esa pensión es inferior al mínimo, según dispone el Real Decreto 2007/2009, 23 de diciembre, se ha de completar hasta alcanzar el mínimo que se refleja en el anexo de dicho Real Decreto: para pensiones de viudedad cuyo titular tenga 65 años el importe mínimo para el año 2010 es de 8.229,20 euros, lo que supone 685,76 euros mensuales (prorrateando entre 12 meses).

Nos encontramos, pues, con unos ingresos atribuidos al recurrido de 1.500 euros y unos ingresos que, por disposición reglamentaria, no deben de ser inferiores a 685,76 euros mensuales, pero a ello debemos añadir que la recurrente ocupa la vivienda familiar, en tanto que el recurrido ha de costear la ocupación de otra vivienda. Pero aunque tal situación revirtiera, y ambos pudieran ocupar una de esas viviendas que se les han de adjudicar, la finalidad de la compensación no es igualar a los integrantes de la pareja, sino evitar que se produzca una situación de perjuicio para uno de ellos directamente vinculada al cese de la convivencia: como hemos indicado, la situación patrimonial de Teodora y Urbano es semejante, la situación patrimonial de los hijos que aquella tuvo de un anterior matrimonio se ha visto favorecida a cuenta del patrimonio común de ambos, y los ingresos económicos, aunque no sean iguales, tampoco ofrecen una disparidad relevante y en modo alguno se puede sostener que se ha producido una pérdida de oportunidad por parte de la recurrente, pero tampoco desequilibrio económico, ya que percibe una pensión de viudedad, y es de suponer que ya en breve plazo el demandado se jubile y sus ingresos probablemente también se vean reducidos.

Los juzgados y tribunales españoles no son competentes para tramitar la demanda de fijación de medidas paterno-filiales al ser de aplicación el Reglamento comunitario 2201/2003 y tener los menores su residencia en Francia, no pudiendo considerarse que el certificado de empadronamiento sea prueba de la residencia cuando los menores acuden regularmente a un colegio francés.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 21 de febrero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román

Poco podemos y debemos añadir a los acertados argumentos tenidos en cuenta por el Juzgador *a quo* para resolver como lo hace por lo que los hacemos nuestros en su integridad. Estamos en presencia de un litigio transfronterizo que en materia de competencia debe ser regido por los instrumentos internacionales que obligan a los Jueces españoles. En este caso el Reglamento comunitario (CE) del Consejo 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Conciliando dicha norma comunitaria de eficacia directa con la normativa contenida en la LEC es claro que los Jueces españoles, de oficio o a instancia de parte, deben apreciar su falta de competencia internacional (artículo 38) o declinarla (artículo 39) cuando la denuncia la parte. El asunto debatido entre las partes relativo a la guarda y custodia y alimentos de dos menores es evidente que encaja en el concepto de responsabilidad parental en los términos del apartado 7 del artículo 2 del Reglamento 2201/2003 que define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

En materia de responsabilidad parental la norma internacional para determinar el Órgano jurisdiccionalmente competente aparece contenida en el artículo 8 del Reglamento que establece que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que los menores residan habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. El concepto de residencia habitual de los menores a los efectos del Reglamento ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así se considera que la mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor (Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523-07).

La determinación de qué debe considerarse residencia habitual debe hacerse a la vista del contexto de las disposiciones y del objetivo del Reglamento, en particular, del que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece dicho Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad.

El concepto de residencia habitual de los menores es específico y no puede identificarse con el concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea.

La «residencia habitual» del menor en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento, debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso.

El concepto de «residencia habitual», con arreglo al artículo 8, apartado 1, del Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado.

Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso.

La prueba practicada es contundente sobre la falta de residencia de los menores en España en los términos expuestos. En el documento del Ayuntamiento de Valladolid que certifica el empadronamiento de los menores en esta ciudad presentado con la demanda no figura el empadronamiento de los menores y sí solo el del recurrente. El obrante al folio 64 sí contiene el empadronamiento de los menores pero es de fecha 19 de abril de 2010 es decir posterior

en 4 días a la fecha de la presentación de la demanda. Ello significa que al tiempo de presentación del caso ante el Juzgado vallisoletano carecía de competencia conforme a la normativa comunitaria citada. Y además el simple certificado o empadronamiento de los menores no puede considerarse como prueba de su residencia habitual en España en los términos en que el Tribunal de Justicia europeo ha construi-

do dicho concepto pues las pruebas aportadas demuestran que el arraigo e integración de los menores se encuentra en Francia donde han vivido normalmente, están escolarizados, son asistidos sanitariamente con regularidad desde su nacimiento, los progenitores tienen una propiedad en régimen compartido y donde incluso el recurrente sigue manteniendo y desarrollando su labor profesional.

SUCESIONES

La falta de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento debe quedar acreditada con rotundidad y creemos que la historia clínica, los informes médicos de febrero y marzo de 2008 y una pericial realizada sobre éstos, por quien ni siquiera conoció a la persona objeto de la pericia, no cumplen con la exigencia requerida para destruir la presunción de capacidad. La duda que sobre ello pudiera albergar el tribunal, sólo puede resolverse en contra de la falta de capacidad y a favor de la plena capacidad del testador (artículo 217 lec) quien otorgó un testamento favoreciendo al hijo que les había cuidado a él y a su esposa durante los últimos años de su vida.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Pilar Fernández Alonso

La sentencia dictada en primera instancia, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, y que desestimó la petición de declaración de nulidad de los testamentos del padre de los litigantes, es recurrida en apelación por el actor interesando su revocación parcial y la íntegra estimación de la demanda decretando la nulidad de las dos disposiciones testamentarias del finado D. Mariano de fechas 29 de noviembre de 2007 y 6 de marzo de 2008 y subsidiariamente la anulación del segundo testamento quedando en vigor el primero.

Se alega por el recurrente que la sentencia no ha examinado ni ha valorado el historial médico del difunto, ni la única prueba pericial existente en el procedimiento, que ponen de relieve una demencia senil progresiva de evolución rápida (Alzheimer) que determina la necesidad de ayuda para todas las actividades de la vida diaria del testador a partir del día 1 de octubre de 2007.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, contenida, por todas, en STS de 27 de enero de 1998, que, a su vez cita otras muchas, que «la sanidad del juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues todo sujeto debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser; de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad moral indispensable constituye una presunción *iuris tantum*, lo que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa, muy cumplida y convincente, de fuerza inequívoca, cualquiera que sean las anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto». Asimismo cabe señalar que «la incapacidad o afección mental ha de ser grave, para que pueda conllevar la nulidad del testamento hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia

de sus propios actos»; que es un principio del Derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte; y que «la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador artículo 685 CC adquiere especial relevancia de certidumbre y es preciso pasar por ella», de modo que el acto de otorgamiento ante Notario constituye una presunción *iuris tantum* de capacidad, contra la que cabe prueba en contrario, y así la STS de 19 de septiembre de 1998, señala que «el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios... no conforma una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, susceptible de destruir mediante prueba en contrario, prueba que ha de suministrar la parte que interesa la nulidad del testamento.

Ello sentado hemos de precisar que el juez de primera instancia ha examinado y valorado la totalidad de la prueba practicada y tras dicha operación otorga prevalencia a la prueba testifical practicada a instancia del demandado sobre la pericial preconstituida de la hoy recurrente.

El historial médico del Sr. Mariano, sí se ha tenido en cuenta en primera instancia. En cualquier caso de su lectura no se desprende que el Sr. Mariano estuviese afectado de una incapacidad mental en el momento de otorgar el último testamento, que como sabemos revoca el anterior, ni mucho menos el precedente de noviembre de 2007, que no obra en autos.

En los resúmenes de la historia clínica se recoge que se necesitan informes para solicitar ayuda y asistencia. Era la nuera quien acompañaba al Sr. Mariano al médico desde que éste se instaló, con su mujer, en Mallorca procedente de Granada, para ser cuidados y atendidos por su hijo, el demandado y su mujer en el mes de marzo del año 2007. Ciertamente el testador estaba diagnosticado de demencia de Alzheimer desde al menos el mes de mayo de 2007 pero lo cierto es que dicha enfermedad es progresiva y ninguno de los médicos que le atendió en vida, su neurólogo, su médico de cabecera, comparecieron en autos para testificar sobre su situación real y su capacidad para entender y querer en los momentos de otorgar testamento.

El doctor Dionisio, elaboró el informe acompañado a la demanda sin haber visto, ni atendido en momento alguno al testador, llegando a la conclusión de que desde el día 1 de octubre de 2007 se encontraba en una situación que no era compatible con la elaboración de estrategias, la planificación de tareas ni toma de decisiones ni sobre sus bienes ni incluso sobre su persona.

Tal conclusión choca y contradice la de los dos fedatarios públicos que autorizaron los dos testamentos y con la prueba testifical de quienes acompañaron y estuvieron cerca de él hasta el momento de su fallecimiento.

La falta de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento (artículo 666 CC), debe quedar acreditada con rotundidad y creemos que la historia clínica, los informes médicos de febrero y marzo de 2008 y una pericial realizada sobre los mismos, por quien ni siquiera conoció a la persona objeto de la pericia, no cumplen con la exigencia exigida para destruir la presunción de capacidad.

La descripción de los síntomas de una enfermedad progresiva no basta. Por otro lado, debemos destacar que según consta en la historia clínica muchos de los informes se realizaron con la finalidad de obtener ayudas en el cuidado del testador, para poder entrar en una residencia, por lo que es pausable que se describiera un estado más grave que el que en realidad presentaba. Como lo declaró la Sra. Beatriz que como dijimos era quien la acompañaba a los médicos. Posibilidad que viene corroborada por la prueba testifical practicada que pasamos a analizar.

De las distintas pruebas testificales se desprende que el Sr. Mariano jugaba al bingo, reconocía los números, coloreaba, comía solo y también acudía al baño solo, respondía correctamente a las preguntas que se le hacían. Y recordaba por la noche lo que había comido, comportamientos incompatibles con la situación de Alzheimer, según el perito de la actora.

La Sra. Manuel, que lo acompañó a la notaría en las dos ocasiones en que otorgó testamento, fue contundente al declarar que contestó a las preguntas que los notarios le hicieron y en el segundo al preguntarle el notario el porqué del testamento explicó que quería hacerlo así por-

que ese hijo (el hoy demandado) y su familia lo estaban cuidando a él y a su esposa, que estaba también enferma, en Mallorca.

Conocía y mantenía una conversación con la asistente social que acudía al domicilio Sra. Marcelina quien también fue contundente al afirmar que el Sr. Mariano la reconocía y contestaba a sus preguntas, podía comer solo y una vez le dijo que su hijo había firmado un papel renunciando a la herencia, hacía comentarios sobre la casa del pueblo. También manifestó que el Sr. Mariano y su esposa estaban bien cuidados por su nuera. Reconoció que recomendó a esta última que exagerase los síntomas de su suegro para acelerar los trámites de la residencia y que veía que el Sr. Mariano no tenía una enfermedad muy avanzada en comparación con otros enfermos de Alzheimer a los que cuidaba, aunque ella no es médico.

La Sra. Adelina que lo conocía de la residencia también fue contundente al declarar que hablaba con el Sr. Mariano quien le contestaba correctamente, entendía lo que se le decía e incluso le preguntaba por la madre de la testigo que también estaba en la residencia y se encon-

traba mucho peor que él, pues le preguntabas una cosa y respondía otra. El Sr. Mariano contestaba correctamente, jugaba al bingo y a veces le contaba cosas del pueblo, y que se había venido aquí porque él y su esposa ya no podían estar solos, hablaba muy bien de su hijo y nuera.

La Sra. Graciela amiga de la nuera del testador igualmente declaró que cuando lo veía en el paseo se saludaban y cuando hablaba le contestaba correctamente aunque era un hombre de poco hablar, a veces estaba ausente.

El resto de testigos si bien son familiares vienen a corroborar lo afirmado por los anteriores testigos.

En cualquier caso hemos de recordar que no corresponde al demandado, sino al actor probar la falta de capacidad de su padre en el momento de testar y tal prueba creemos que no se ha producido y la duda que sobre ello pudiera albergar el tribunal, sólo puede resolverse en contra de la falta de capacidad y a favor de la plena capacidad del testador (artículo 217 LEC) quien otorgó un testamento favoreciendo al hijo que les había cuidado a él y a su esposa durante los últimos años de su vida en Palma.

La licencia de taxi que transmitió el padre a uno de los hijos debe ser colacionada y valorada en la partición de la herencia.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de febrero de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Morán González

Dos son las cuestiones esenciales que se discuten en este procedimiento. La primera de ellas es la referente a si la licencia de taxi que en su día transmitió a la parte demandada el padre de éste tiene o no valor a efectos de colación en la sucesión.

La Sentencia de 4 de abril de 2007, de la Sala lo Civil del Tribunal Supremo ya abunda en la cuestión en el sentido de afirmar que resulta difícil separar la licencia administrativa del negocio de explotación del vehículo. Afirma dicha sentencia que se configura la licencia como algo susceptible de transmisión, en definitiva de valoración.

Existe al folio 121 de autos un informe del Servicio de Policía y Actividades clasificadas del Ayuntamiento de Salamanca, de fecha 18 de septiembre de 2009, en el que se expresa que las licencias de vehículos taxis son transmisibles cumpliendo las condiciones y requisitos establecidas al efecto.

Asimismo en el informe se especifica que consultados los archivos de este servicio, no resulta acreditada la transmisión mediante precio de las licencias de vehículos taxis, si bien al parecer constituye práctica habitual del sector. En este mismo sentido se pronuncia la jueza de Instancia cuando refiere su navegación por Internet.

En todo caso se trata de una licencia con antigüedad muy superior a cinco años, lo que permite su transmisión.

La segunda cuestión que se plantea es la de la valoración de dicha licencia de taxis. Existe un documento presentado por la parte actora con su escrito de demanda, documento número, a los folios 36 y siguientes, en que se tasa dicha licencia. En el caso concreto de Salamanca se informa que en operaciones similares vale 245.000 euros, según dicho informe tiene un precio mínimo de 200.000 euros.

Pero lo que no se puede pretender es que la importante cuantía que se expresa en ese documento de tasación se justifique diciendo que se ha realizado consulta a través de operaciones similares. Es a la parte actora a quien incumbe la carga de la prueba y no puede conseguir que con este mero documento de tasación se pueda concluir una cantidad tan notoria.

La Jueza de Instancia determina su sentencia una cantidad muy poco relevante, que en realidad no se corresponde con el valor la licencia, sino con el valor de la incorporación a la asociación respectiva de taxistas, como consta acreditado documentalmente.

La parte demandada, también de manera muy ambigua, trata de aminorar el valor de dicha licencia compensándola con la dedicación que afirma haber tenido durante los años 68 a 77 al atendimiento de las necesidades económicas del resto de los hermanos. Pero de la misma manera que lo que hemos expresado anteriormente respecto a la carga probatoria del actor, tenemos que afirmarlo ahora respecto al demandado.

No se puede querer con meras referencias familiares inconcretas y genéricas echar por tierra todo lo reclamado por la parte contraria; aparte de que una vez fallecido el padre de los actores existían otras fuentes de ingresos que procuraban la manutención de la familia.

Parece prudente situar la valoración de la licencia en el caso concreto en la cifra de 150.000 euros, y restar a dicha cantidad la aportación a la familia del demandado que se puede calcular asimismo de manera prudente en una aportación de 70.000 euros por los años referidos por el demandado en los que contribuyó a la aportación de gastos familiares. La diferencia, 80.000 euros, es el valor de lo colacionable.

CUESTIONES PENALES

No es tarea de la acusación demostrar que el imputado puede en cada período y momento a considerar hacer frente a la prestación impuesta en la sentencia matrimonial. El tipo delictivo no criminaliza el incumplimiento de una obligación civil; el delito sólo se perfecciona si se omite el comportamiento debido pudiendo hacerlo que es, claramente, lo sucedido en el supuesto de autos.

AP A Coruña, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de febrero de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Judel Prieto**

La formulación concreta de la apelación aconseja una reflexión general: mal cabe compaginar la queja de vulneración de la presunción de inocencia con la alegación de errores de hecho en la apreciación de la prueba, pues, en palabras de la STS de 1 de octubre de 2001, «la prueba no puede existir y dejar de existir al mismo tiempo».

Con todo, en la tarea de verificación de lo que comporta la reaccional garantía, comprobamos que: a) en el acto del juicio de 8 de enero de 2010 se practicó prueba, básicamente de naturaleza personal; b) esos medios (declaración de acusado y documental y testifical) se produjeron con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción efectiva;

c) fueron observadas las normas procesales y los estándares constitucionales de legalidad y licitud; d) tal bagaje ostenta preciso sentido de cargo y permite imputar a Rómulo, objetiva y subjetivamente, los hechos por los que es inculpaado, y e) la estructura del discurso valorativo es racional y lógica la inferencia de culpabilidad habilitante de la imposición de pena en el caso y de la responsabilidad civil anudada imperativamente.

Queda, en definitiva, cumplido lo demandado en esta sede de revisión y según reiterada jurisprudencia: SSTs de 4 de febrero de 2010, 4 de marzo de 2010, 21 de abril de 2010, 30 de junio de 2010, 15 de julio de 2010, 22 de octubre de 2010, 23 de diciembre de 2010, etc.).

Al abordar el problema valorativo, interesan otras dos consideraciones: a) El derecho al recurso no se debe interpretar como equivalente a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado ante el Juzgado de lo Penal y, específicamente, las reglas que condujeron a la declaración de culpabilidad y la asignación de la respuesta jurídica. b) Aunque la inmediación es técnica de formación de la prueba y no método para el convencimiento del juez, y no sirve de coartada para eximir del deber de motivación, la ponderación actuante bajo ese prisma sólo es revisable en cuanto a si la decisión acerca de la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración se mantiene en parámetros objetivamente aceptables, tema que en el caso no está en tela de juicio.

Así las cosas, nos dice el documento apelatorio de 19 de octubre de 2010 que el acusado no pudo abonar durante años (de 2002 a 2010) la pensión compensatoria de unos 390 euros

asignada en 2001 en proceso de separación y a favor de D.^a Ángeles.

Como indicamos en las Sentencias de 27 de noviembre de 2006 y 25 de octubre de 2010, la alegación demanda una cierta actividad con cargo a quien la invoca, «porque no es tarea de la Acusación demostrar junto a la estructura inicial habilitante (resolución judicial) y la situación de descubierto, que el imputado puede en cada período y momento a considerar hacer frente a la prestación impuesta»; y ahora lo acreditado es, precisamente, que la infracción omisiva del deber y la creación del peligro jurídicamente desaprobado operaron a espaldas de cualquier causa de inexigibilidad de conducta distinta: el apelante dispuso de ingresos laborales para hacer frente a la obligación (el folio 49 vuelto demuestra sueldos percibidos en 2003 y declarados fiscalmente de más de 16.000 euros, por ejemplo) y ése es un hecho probado más allá de cualquier duda razonable (vid. motivación de la apelada) y máxime cuando estamos hablando de impagos sostenidos en un margen amplísimo.

Todo esto consta en la fundamentación exhaustiva de la resolución de grado, al lado de las aportaciones personales no de bagatela. Hay dolo porque se abarcó intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado de lesión al bien jurídico, y quedan, por tanto cumplidos los presupuestos del tipo penal del artículo 227 tan correctamente estudiados en la instancia.

En último término, la figura en cuestión no criminaliza el incumplimiento de una obligación civil; el delito sólo se perfecciona (al modo de los omisivos) si se omite el comportamiento debido pudiendo hacerlo que es, claramente, lo sucedido en el supuesto de autos.

Iniciándose la presente causa en virtud de denuncia interpuesta por un delito de apropiación indebida y/o hurto frente a una persona con la que el denunciante aún mantenía vínculo matrimonial en el momento de la comisión de los hechos, ya que el procedimiento de divorcio se encontraba en trámite cuando se formuló la denuncia, resulta obligado concluir que el denunciante, *ex* artículo 103.1.º de la LECrim, carece de acción penal contra la denunciada.

AP Balears, Sec. 1.ª, Auto de 24 de enero de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Cristina Díaz Sastre

Desde el recurso interpuesto por la representación procesal de César, en cuanto parte denunciante en las presentes actuaciones, se combate la decisión de la instancia que acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la misma, vertebrando su recurso en dos motivos:

a) infracción del artículo 775 de la LE-Crim al haberse dictado la misma sin dar cumplimiento a las diligencias pertinentes como lo es la toma de declaración de la denunciada en calidad de imputada y,

b) existencia de indicios de criminalidad de la comisión de un delito bien de hurto bien de apropiación indebida en la conducta de la imputada Sra. Sara desde el momento en que tiene atribuido el uso y disfrute de la vivienda que fue conyugal propiedad del denunciante y es, según propio reconocimiento, la persona que ha retirado del lugar donde se encontraban, los objetos que se denuncian sustraídos.

Efectuado traslado del meritado recurso tanto al Ministerio Fiscal como a la representación procesal de la denunciada D.^a Sara, se interesó la confirmación de la resolución recurrida.

Revisadas las actuaciones, consta que la presente causa se inicia por denuncia interpuesta por Jaime César contra Sara en fecha 23 de mayo de 2007 por la presunta comisión de un delito de apropiación indebida o hurto por la sustracción de unos bienes de la vivienda del denunciante. La denunciada, en su declaración prestada a judicial presencia, manifestó que en relación a esa vivienda, tiene atribuido el uso y disfrute al haber constituido el domicilio conyugal según se desprende del Auto de fecha 14 de marzo de 2007 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de los de esta ciudad, en autos de Medidas Provisionales 1858/06, y que parte de los objetos que se dicen sustraídos los retiró fuera de la vivienda, llevándolos a otro lugar ya que las obras que se estaban ejecutando en la misma permanecían paralizadas.

Haciendo abstracción de los argumentos efectuados tanto por el recurrente como los consignados en la resolución recurrida donde se indica que la conducta desplegada por la denunciada no es constitutiva del delito de apropiación indebida o hurto por no concurrir los elementos

del tipo, la confirmación de la resolución nos viene dada por otros motivos que ninguna de las partes ha planteado.

Así, iniciándose la presente causa en virtud de denuncia interpuesta por un delito de apropiación indebida y/o hurto frente a una persona con la que el denunciante aún mantenía vínculo matrimonial en el momento de la comisión de los hechos, ya que el procedimiento de divorcio se encontraba en trámite en el momento de formular denuncia, nos resulta obligado concluir que el denunciante hoy recurrente, *ex* artículo 103.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, carece de acción penal contra la denunciada ya que al tiempo de los hechos el matrimonio existía, aun cuando se habían iniciado los trámites de divorcio y no existía ya convivencia entre los cónyuges. En este sentido señala que como tiene declarado el Tribunal Supremo el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe el ejercicio de acciones penales entre los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges a no ser por hechos cometidos por los unos contra las personas de los otros y, además, en el caso de los cónyuges, contra las personas del otro o la de sus hijos o por delito de bigamia. Así lo sostiene la jurisprudencia del TS, que afirma que no tienen legitimación para acusar aquellas personas que mantengan con los denunciados una de las relaciones contenidas en el precepto procesal —STS de 22 de octubre de 2007, entre otras—. Cabe añadir, en apoyo de la vigencia de la norma, que la STS de 8 de enero de 2007 recoge que una cuestión semejante fue elevada al Pleno de la Sala y, en sesión del día 20 de diciembre de 2006, se acordó por mayoría rechazar que a los cónyuges separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio no se les aplicase esta limitación en su capacidad de accionar.

Por consiguiente, cuando se ejercite una acción penal fuera de los supuestos legalmente establecidos, y a los que acaba de hacerse referencia, ésta ha de tenerse por inexistente y faltando un requisito inexcusable de procedibilidad unido al principio acusatorio, la persecución no podrá realizarse, salvo que otra acusación, correctamente formulada, supla la carencia de legítima-

ción de quien, por tener determinados vínculos parentales, no pueda ejercitar la correspondiente acción, lo que no ocurría en este caso, en el que el Fiscal desde el primer momento solicitaba el sobreseimiento de la causa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 641.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por todo ello, hallándonos ante una denuncia por hechos de contenido patrimonial, en la tesis del hoy recurrente, el recurso no puede tener cabal acogida ya que las actuaciones no pueden continuar con la sola acusación del mismo al carecer el Sr. César, de acción contra su entonces esposa por los hechos que se des-

criben en la misma, y, siendo que el Ministerio Fiscal no apoya los argumentos vertidos por el recurrente al entender ajustado a derecho el Auto de sobreseimiento provisional y archivo, resulta evidente la falta de legitimación procesal del hoy recurrente que para lo único que estaba legitimado era para formular la correspondiente querrela o denuncia y para su personación en la causa, quedando condicionada la eficacia procesal de la mencionada denuncia al ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, única parte legitimada para ello que, en el presente, reiteramos, no apoya al recurrente al interesar se confirme la resolución de instancia.

OTRAS CUESTIONES

La indemnización solicitada por el padre a la madre por el daño moral causado por el incumplimiento del régimen de visitas no puede resolverse por los trámites de ejecución de sentencia, debiendo presentarse en un caso una demanda declarativa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 1 de febrero 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 condene al pago a la apelada de una cantidad indemnizatoria de 3.000 euros por el daño moral sufrido por el padre al no poder disfrutar de la compañía de sus hijos 8 días en vacaciones de Navidad, 4 fines de semana y 5 miércoles entre el 28 de noviembre de 2008 hasta el 13 de febrero de 2009 y alega que el incumplimiento es 8 días de las vacaciones de Navidad, 4 fines de semana y 5 miércoles entre el 28 de noviembre de 2008 hasta el 13 de febrero de 2009 en la que se aprecia la postura obstativa del progenitor custodio y señala que la demandada se limita a decir que es difícil cumplir en la oposición a la ejecución sin alegar nada antes y significa que en vez de archivar y a la vista de la petición indemnizatoria debería haber procedido a su determinación mediante los artículos 712 y ss. de la LEC.

Por su parte D.ª Mariana pide se ratifique el auto y alega que son 4 ya las sentencias absolu-

torias de la madre y señala que la madre nunca ha obstaculizado el régimen de visitas y recuerda que el régimen de visitas se viene desarrollando todos los viernes de 18,00 horas a 20,00 en el PE de 3 Cantos recordando que la madre jamás ha incumplido con sus obligaciones y destaca que en la actualidad si los menores acuden al PE es por el empeño que pone la madre, relatando que los hijos son menores pero con capacidad suficiente de análisis.

Se presenta la demanda de ejecución de auto de 4 de junio de 2008 y se acuerda el archivo de las actuaciones y si bien las resoluciones han de cumplirse en sus propios términos es lo cierto que el artículo 18 de la LOPJ permite la resolución acordada teniendo en cuenta el contenido del artículo 94 del CC, habida cuenta los antecedentes del caso.

La resolución del litigio en principio partiría del contenido del artículo 94 del CC, y la ley de protección jurídica del menor de 1996, entre otras normas, que regulan la cuestión rela-

tiva a tales comunicaciones y visitas, el primero de cuyos preceptos establece que «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Constituye este complejo derecho-deber un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no viven habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpe.

La adopción de la medida requiere atender, a muchos diversos factores, entre los que cabe destacar, entre otros: la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.

Y con tales presupuestos legales y doctrinales hay que recordar que la sentencia definitivamente reguló las comunicaciones siendo así que dicha resolución de 30 de junio de 2009 ya fue resuelta en apelación por este Tribunal en Sentencia de 18 de mayo de 2010.

Dicho lo cual hay que poner de manifiesto que este mismo Tribunal en resolución de esta misma fecha ha resuelto el procedimiento 232/10 en el que ya se indicaba que la problemática que, a través del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su punto de partida en la resolución que, dictado por el Órgano *a quo* en fecha 4 de junio de 2008, vino a sancionar las medidas que, con carácter provisional y en tanto se sustanciaba la litis principal de divorcio, habían de regir entre los cónyuges hoy también litigantes.

En la demanda que encabeza las presentes actuaciones, don Justiniano expone a la consi-

deración judicial los obstáculos e impedimentos que dice levantados por la Sra. Mariana para la efectividad del derecho de visitas, por lo que solicita del Juzgado lo siguiente:

1. El cambio del régimen de custodia, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 776 y 709.4 LEC, a favor del padre.
2. Con carácter subsidiario, se condene a la demandada al pago de una única multa.
3. Se indemnice al demandante, por el daño moral.

Se pone fin a dicho incidente mediante Auto ahora apelado, tal y como se ha indicado y, se acuerda el archivo del procedimiento.

La controversia en tal modo suscitada en contrario, en principio, su encaje procedimental en los artículos 709 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contemplan, en orden a su ejecución, aquellos supuestos en que el título correspondiente se refiere a un hacer personalísimo, en los que, no habiendo realizado el ejecutado la prestación debida, el actor podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer, o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo.

Por el supuesto de optarse por la entrega de un equivalente pecuniario a la prestación, el artículo 713 del mismo texto legal previene que junto con el escrito en que se solicite motivadamente su determinación judicial, el que haya sufrido los daños y perjuicios presentará una relación detallada de ellos, con su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos, contemplando los preceptos siguientes, para el supuesto de oposición del deudor, la continuación del procedimiento, en orden a la liquidación de daños y perjuicios, por los trámites del juicio verbal, con la posibilidad de que el tribunal nombre un perito que dictamine sobre la efectiva producción del daño y su evaluación en dinero.

Obvio es, a tenor de dichas previsiones legales, que las mismas hacen referencia, como alternativa a la ejecución de una resolución judicial en sus propios y exactos términos (artículo

18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), al resarcimiento de los daños y perjuicios materiales dimanantes de su incumplimiento, en cuanto único posible equivalente pecuniario de la prestación de hacer, pero sin incluir en las mismas el resarcimiento de los daños morales causados por la conducta incumplidora del ejecutado, ya que, respecto de los mismos, no puede predicarse, en modo alguno, la existencia de un equivalente pecuniario.

En efecto, la normativa analizada exige la presentación de una relación detallada de los daños y perjuicios, con aportación de los dictámenes y documentos que apoyen la pretensión, y la posibilidad de practicar, en una fase ulterior del procedimiento, prueba pericial a fin de dictaminar sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero, previsiones estas de difícil conciliación con hipótesis cual la suscitada por el recurrente.

En definitiva, y a través del planteamiento efectuado por dicho litigante, no se trata de dar cumplimiento, en sus propios términos o por sustitución pecuniaria, a la obligación sancio-

nada en el título en el que apoya la pretensión articulada, sino de ponderar los daños morales causados por el incumplimiento esgrimido lo que, en su posible debate y decisión judicial, no encuentra acomodo, a tenor de lo expuesto, en el cauce procesal invocado, sino, en su caso, a través del juicio declarativo correspondiente, como acaece en los supuestos resueltos por el Tribunal Supremo a través de las sentencias que invoca el recurrente en apoyo de sus pretensiones.

En consecuencia, no procede acoger la pretensión revocatoria articulada, ni en los estrictos términos postulados por el apelante en el suplico de su escrito de formalización del recurso, ya que ello implicaría prescindir del procedimiento contemplado en los artículos 712 y siguientes LEC, ni, a tenor de lo antedicho, ordenándose al Órgano *a quo* la continuación de la contienda a través de un iter procesal cuya aplicación al supuesto analizado debe descartarse.

Consideraciones que, sin necesidad de entrar en el fondo de la cuestión suscitada, hacen decaer el referido *petitum* revocatorio.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

PATRIA POTESTAD

Se condena a un centro escolar a abonar a un alumno 40.000 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el acoso escolar (*bullying*) de otros compañeros de clase ante la actitud pasiva del centro que no impidió el rechazable comportamiento de los alumnos a pesar de conocer el problema.

Juzgado de 1.^a Instancia n.º 44 de Madrid, Sentencia de 25 de marzo de 2011

Magistrado-Juez: Ilma. Sra. D.^a M.^a José Lorena Ochoa Vizcaíno

Ejercita la parte actora en el presente procedimiento, una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la parte demandada, con fundamento en los artículos 1903.5.º y 1902 del CC, en relación con la Ley 34/2003, de 4 de noviembre y Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros, interesando que se condene a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 40.000 euros, más los intereses legales correspondientes desde el dictado de la sentencia.

Como fundamento de su pretensión alega la parte actora que su hijo, Florentino nació el 29 de septiembre de 2000 iniciando su vida escolar en el centro «Amor de Dios» de Alcorcón, calle 4 de noviembre, n.º 1, de titularidad de la entidad demandada, hasta el mes de febrero de 2010 en que ha abandonado el mismo de forma precipitada, por la insoportable actividad de acoso (*bullying*), vejaciones y agresiones físicas de que estaba siendo objeto desde el curso escolar 2007-2008 (2.º de Primaria), con absoluta dejación de sus funciones permanente en el tiempo de los responsables del centro y su dirección para evitarlo, dejando indefenso al niño, lo que le ha ocasionado gravísimos trastornos psíquicos.

El acoso se inicia en 2.º de Primaria (y según los especialistas puede ser incluso anterior), no habiendo podido apreciarse inicialmente

en su gravedad por los padres, sino cuando se agravó en el curso siguiente (2008-2009 de 3.º de Primaria), culminando en el presente curso 2009-2010 (4.º de Primaria), antes de finalizar, concluyendo el curso el menor en otro centro.

En un principio los padres pensaron que eran incidentes aislados, con cinco niños distintos, sin ser conscientes de que, como luego se verificó, se trataba de una actuación grupal y constante.

Así en 2.º de Primaria, los padres apreciaron un cambio en la conducta del menor, triste y distraído sin motivo aparente, sufriendo una primera fase de hostigamiento de cinco compañeros de colegio (Víctor, Adrián, Sergio, Pablo y Octavio) de una clase de unos 25 alumnos aproximadamente, no siendo conscientes los padres de ser una actividad ejecutada deliberadamente por un grupo unido. Se producen en esta fase, pinchazos hasta en cuatro ocasiones con lápices, hasta el punto de dejar marca al niño en su pierna derecha. La primera vez que sucedió fue la madre a hablar con la profesora que manifestó ya haber hablado con la madre del agresor.

Además durante el curso a Florentino le desaparecen toda clase de objetos y útiles escolares (juguetes, gomas, lapiceros, tijeras, grapadoras, estuches, el babi) hablando los padres con la profesora que hace caso omiso, alegando

descuido del niño, pese a que una de las veces encuentra el babi la profesora delante de toda la clase en la cartera de Víctor, sin adoptar medida alguna.

Le esconden de forma sistemática para reírse de Florentino la cartera y el abrigo, ocasionando nerviosismo al niño que sale siempre de clase tarde, al buscarlos. Se produce además un progresivo aislamiento, al no sentarse ni jugar nadie con él, dejándole solo en clase de informática y en las excursiones y aunque se lo cuenta a la profesora, éste le contesta «más vale solo que mal acompañado», callándose el menor muchas de estas actuaciones que sólo salen a la luz más tarde, por no entender lo que ocurría o por miedo a las represalias. Comienza así Florentino a manifestar no querer ir a clase, evidenciándose tics, como toses nerviosas, sensación de ahogo, terrores nocturnos y hábitos alimenticios compulsivos, manifestando que no puede comer por opresión en el pecho o arderle la garganta, ignorando los padres en ese momento el hostigamiento.

Los días precedentes al inicio del curso 2008-2009 el niño se muestra triste y ansioso, lo que se achacaría a una situación normal de fin de vacaciones, si no fuese porque el niño manifiesta que quiere repetir curso para estar con su primo en clase. Desde el principio de curso los padres visitan asiduamente a la profesora Doña Purificación, por situaciones análogas a las del curso anterior, llegando desde septiembre Florentino llorando todos los días, porque los cinco niños del año pasado no le dejan jugar con el resto y les dicen a los otros que no jueguen con él.

Por la preocupación de la madre la profesora le recomienda tranquilidad y que le compre un balón para que los demás jueguen con él y aunque no mejora el ánimo del menor, no es hasta marzo de 2009 cuando refiere que los niños de siempre le han robado el monopatín, lo que los padres comunican a la profesora, recuperándolo por su intervención.

En mayo el menor refiere que desde el principio de curso los cinco niños no le llaman por su nombre sino «Marian» o «Maricón» y prohíben a los otros jugar con él, con amenaza de excluirlos a ellos del juego. Cuenta que le per-

siguen por el patio durante el recreo y si para de correr le cogen y le pegan en un rincón entre todos, percatándose los padres de las desapariciones de juguetes y material escolar, con constantes protestas de los padres.

También dice que es normal que le dejen en ridículo delante de los compañeros («Cállate, que tú no sabes nada y eres un inútil») e incluso al faltar una semana a clase Adrián, delante de los otros del grupo de acosadores le dice «menos mal que has venido, sin ti nos aburríamos y hoy te toca caña». También les manifiesta que Víctor le mete la mano por detrás del pantalón y hace a la vez ruidos obscenos.

Se suceden por ello las visitas de los padres consiguiendo que la Directora del Centro Doña Aida y la psicóloga del mismo Doña Coral, intervengan en los hechos llegando a destapar el robo que Florentino sufrió en abril en 2009, en la excursión que hicieron a Parque de Polvoranca.

En ella el menor había referido a los padres la pérdida de una cartera con 5 euros dentro, descubriendo por confesión de sus cinco compañeros hostigadores que le habían quitado la cartera, tirado a la papelera y se habían quedado con el dinero. Informa la profesora a los padres que toda la clase sabía lo que ocurría con Florentino y ninguno se atrevía a hablar por miedo a represalias y que había preguntado a profesores del curso pasado y que sabían lo que sucedía, quejándose de que antes no se hubiesen adoptado medidas y a ella le hubiese tocado el follón, aconsejando hablar con la directora pues todo apuntaba a una actuación en grupo.

Pese a todo el referido robo se trató como un incidente puntual. Limitándose a sancionar a los implicados con dos semanas sin recreo, cumpliendo sólo cuatro días el castigo. Promete además la dirección que cambiará a los agresores de clase para que no coincidan con Florentino en el curso siguiente y tranquilizar a la familia, matriculando por ello al menor en el centro para el año siguiente, comprobando luego que no se lleva a efecto la medida, coincidiendo con sus agresores.

El propio Reglamento interno del centro del año, igual al de los años precedentes, contempla dentro de las faltas de disciplina y sanciones

[apartados 3.3.b), c) y d)] el acoso físico y moral a los compañeros, uso de la violencia y discriminación, vejación o humillación a cualquier miembro de la comunidad educativa como falta muy grave, que se castiga con ocho sanciones distintas, ninguna aplicada, entre las que está el cambio del alumno de grupo, de centro o expulsión definitiva, siendo agravante la reiteración, uso de violencia y su realización en grupo.

El curso escolar 2009-2010 comienza con aparente normalidad en octubre de 2009, volviendo los hostigadores a las andadas el 12 de noviembre de 2009, amenazando a Florentino con dejarle en coma y volver a arruinarle la vida como el año pasado, advirtiéndole que no querían ver a su madre merodeando por el colegio, siendo sólo corregido por su padre Octavio. Esa misma tarde acude al colegio la madre de Florentino y decide grabar su conversación con la profesora del niño Doña Noelia y la directora y psicóloga.

De la conversación se desprende que se parte de la veracidad y conocimiento de la situación de acoso previo del menor, sin tomar otras medidas que dejarles sin recreo cuatro días, estimando que se trata de cosas de niños.

En ella la psicóloga reconoce la amenaza de dejar en coma a Florentino y que se ha proferido por Adrián, estando Pablo de apoyo y su conocimiento de haber sido agredido en el patio y de su situación en los años anteriores, refiriendo que este año no estaba implicado Salva, ni Sergio, insistiendo en que sólo conocía lo del año pasado y que por las buenas habían intentado solucionar el problema, siendo cinco el año pasado (Salva, Sergio, Pablo, Víctor y Adrián) y los implicados además en el incidente del robo de la excursión, siendo el año anterior al empezar Florentino a hablar cuando se enteraron de todo, admitiendo que no sabían que era de esa forma. Reconoce que ahora son tres y los del año pasado. Ante la queja de la madre admite también la psicóloga que no han actuado castigando a los hostigadores, ni llamando a sus padres, sólo han hablado con ellos, y lo han admitido, comprendiendo que la madre pida que se les castigue a nivel del centro.

Por su parte la directora le manifiesta a la madre que es una situación a la que el niño debe

hacer frente por sí mismo (admitiendo ésta), descartando el cambio de clase de los hostigadores, admitiendo nuevamente la psicóloga que ella y la directora conocían el año anterior cuando Florentino empezó a hablar, lo que ocurría, cómo le llamaban, manifestando la directora que los hostigadores habían reconocido que estaba mal y a lo de hoy no le daba la importancia que le daba la madre, considerándolo un accidente y una pelea.

Señala la directora que los niños habían cambiado en junio, no habiendo hecho nada hasta ese momento y que había que darles una oportunidad y que si los sacaban del centro y hacían las cosas fuera, sería peor y había que educarlos, prometiendo estar pendientes del menor.

A los cuatro días de esa reunión Florentino sufrió nuevas amenazas, con intervención de los hermanos mayores de los acosadores, siendo presenciado por todos los niños de la clase, grabando de nuevo la madre de Florentino su conversación con la directora el 16 de noviembre de 2009, quien manifiesta que ve normal que la hermana mayor vaya a defender a su hermano, reconociendo que los hechos se remontan a hace tres años, que lo del año pasado había desaparecido y que habían reconocido las amenazas de ese año de dejarle en coma y arruinarle la vida.

Por la inacción del centro se dirigen los padres a la Consejería de Educación por la Comunidad de Madrid, girando visita inspectora al centro Don Eugenio, manifestando a los padres su extrañeza por la parcialidad de la información ofrecida por el centro, sin referencia a la profesora de 3.º de Primaria, Doña Purificación, que fue la única que mostró preocupación por los hechos.

Siguiendo indicaciones del Servicio de Ayuda a las víctimas del Ayuntamiento de Alcorcón, remite también carta al Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid y a la Superiora de la Congregación demandada y dirección del centro, poniendo de manifiesto la grave situación limitándose el centro a contestar tras acusar recibo, que se les informará de las actuaciones realizadas.

Citados a una nueva reunión por el centro con la directora y psicóloga, comienza la misma tratando un nuevo robo al menor de un juguete

(bakugan) por los tres acosadores de siempre, manifestando la psicóloga que ven a Florentino contento y que estaba jugando con las niñas, reprochando a los padres acudir a instancias oficiales y manifestando que el menor puede estar aprovechándose de la situación. Reconoce en la conversación la amenaza de la hermana mayor de uno de los hostigadores y que habían hablado con las familias y tomado medidas respecto a estar llamando a su hijo el año anterior «María» y «maricón». Se pide además a la madre discreción y al referir el robo la madre a la directora ésta le reprocha que por qué deja traer cacharros al niño al colegio.

A principios de febrero de 2010 a Florentino le rompen y pintan la chaqueta con la que iba a clase para reírse de él, acudiendo los padres a una nueva reunión, como las anteriores grabada, en que la directora reconoce que habían dicho a Florentino: «hijo de puta, cabrón nos has denunciado» y que no le dejaron por eso jugar al fútbol y ante la queja de la madre de estar difundiendo por el colegio que les habían denunciado y provocarle mayor aislamiento manifiesta la directora que habían explicado a los niños que no les habían denunciado, sino sólo hablado con un inspector y refiriéndose a los padres dice: «una cosa es que los padres estén molestos, que estéis haciendo cosas que no tenéis que hacer».

Preguntada por los padres respecto al resultado de las actuaciones llevadas a cabo por la inspección educativa respecto a la convocatoria de una reunión de los padres de los menores implicados, manifiesta que les llamó porque se lo dijo el inspector que les reuniese y preguntar y que no tenían por qué darles explicaciones.

Ante tal actitud el 11 de febrero de 2010 los padres siguiendo instrucciones del personal especializado al que acuden, solicitan el amparo del Defensor del Menor y Consejería de Educación, incoándose expediente al efecto, para sacarlo de inmediato del centro y escolarizarlo en otro. Por la gravedad de los antecedentes el 16 de febrero de 2010 se concede a Florentino plaza en otro centro escolar de la localidad, de modo urgente.

Precisa la actora que como los hechos se producen en un ámbito cerrado y ajeno a los progenitores, la prueba resulta difícil, llevan-

do ello a la madre a grabar las conversaciones. Además resulta más reprochable la conducta del centro pues en este caso, al padre de uno de los menores implicados en el acoso, Don Octavio, se le puso al corriente de los hechos a principios del último curso por la madre de Florentino, comprobando la realidad de los mismos, decidiendo corregir a su hijo al margen del centro y de sus responsables, quienes no le habían comunicado nunca nada, habiendo sido sólo avisado en marzo de 2009 por la directora del centro cuando habían robado a Florentino un monopatín, como si fuese un hecho aislado y se lo habían devuelto.

Cuando dicho padre acudió a hablar con la directora ésta se negó a darle información sobre el año anterior, manifestando que no recordaban nada. Remite no obstante el mismo una carta al centro ratificando lo manifestado por los padres de Florentino, habiendo incluso incautado a su hijo numerosos juguetes de Florentino y material escolar que devolvió a los padres de Florentino, refiriéndose a su hijo y sus cinco amigos como «el terror del patio», no habiéndose limitado a un robo aislado, sino a varios y de material escolar, que pegan, hacen grafitis en baños, manifestando su hijo que si no participa le pegarán, aislarán y amargarán la vida. Expresa las medidas que ha tomado con su hijo y solicita además que por el centro se adopten las medidas oportunas.

Como el centro no responde a la carta decide reiterar sus solicitudes por correo electrónico, interesando una reunión con la directora y psicóloga para tratar el asunto y adoptar medidas, sin que se le concedan, alegando que no puede reunirse con la psicóloga porque para ello debe pagarse una cuota adicional, recordando al mismo que «las medidas en el centro las tomamos nosotros, cuándo y cómo creamos oportuno y siempre buscando el bien de sus hijos».

Ninguna medida adoptó el centro y sí sólo el padre del referido menor que consiguió que su hijo se mantuviese al margen del hostigamiento, rectificando su actitud, si bien al final la actitud omisiva del centro desembocó en que Florentino se viese obligado a abandonar el centro escolar.

Por lo expuesto el daño sufrido por Florentino es esencialmente psicológico y moral,

sin perjuicio de su somatización en síntomas físicos, que inicialmente se achacaban a otras causas. Así en noviembre de 2009 la madre del menor acude a la Unidad de Orientación a la Familia de la Comunidad de Madrid que le asesora, les redirigen a los servicios municipales de atención a las víctimas y les remiten a los especialistas en acoso escolar, Don Luis Carlos y Doña Julieta que atienden a Florentino desde diciembre de 2009, efectuando una evaluación completa en febrero de 2010, sin que en esa fecha haya superado la situación de estrés postraumático sufrida, si bien se fijan en ese momento sus secuelas.

Se constata en el informe la situación de acoso escolar como única causa del estado del menor que carece de otras patologías previas, concluyendo que padece un trastorno de estrés postraumático infantil, crónico, de inicio demorado reactivo a un cuadro de acoso psicológico escolar estimado como muy probable, cuyo origen sitúan en las reiteradas conductas de hostigamiento que ha padecido el menor de forma continuada en el colegio, en medio de la alerta continua y la indefensión características de los niños que sufren cuadros de estrés postraumáticos.

En este caso además los docentes y responsables del centro contribuyen activamente a una victimización secundaria, creando un sentimiento de culpa en el acosado, no adoptando las medidas oportunas, preventivas y correctoras a los acosadores, concluyendo que al no adoptarse debe procederse a un cambio del centro escolar, lo que de forma urgente hizo la administración educativa, a mitad de curso, evidenciando la gravedad de la situación.

Precisa el informe que la manifestación de los síntomas no siempre es contingente a la situación y que el daño psicológico se puede desarrollar meses o incluso años después, produciéndose una aparición demora, no remitiendo el trastorno de estrés postraumático con el paso del tiempo, produciendo cambios en la personalidad permanente que se arrastran hasta la vida adulta. Ello en este caso no ha sido obstáculo para acreditar en este momento en Florentino la presencia de alteraciones en el sueño, la memoria, el carácter, trastornos asociados a la ingesta,

tics y somatizaciones, que producen limitación grave en la vida de Florentino, con necesidad de seguir un tratamiento prolongado y una lenta recuperación. Se descarta de modo tajante toda simulación, delirio o alteración en la percepción de la realidad del niño.

A efectos indemnizatorios y por analogía con los criterios indemnizatorios de la Ley del Seguro se encuadra el padecimiento en un síndrome posconmocional (5-15 puntos), con adicional trastorno de la personalidad en grado moderado (20-50 puntos) y del humor (5-10 puntos) y un trastorno neurótico por estrés postraumático (1-3 puntos).

Valorando moderadamente cada una de las categorías referidas en 35, 12, 8 y 3 puntos, se fijaría la total puntuación en 50 puntos, que multiplicados por los 2.030,22 euros según Baremo estipulado para el año 2010, a tenor de la Resolución de la DGS de 31 de enero de 2010, procedería una indemnización de 101.511 euros, sin aplicar factor de corrección alguno.

Ello además sin tener en cuenta período de sanación alguno, ni días de curación o impeditivos, ni cuantificar el daño moral resultante e impacto social del hecho, que ha llevado a los padres a poner en venta su vivienda, dado que los acosadores y sus familias viven en la misma localidad, creando una situación insostenible para el menor cuando se cruza en la calle con ellos, como refleja el informe psicológico al incluir en las consecuencias o lugares asociados con el proceso.

Por todo lo referido se fija moderadamente una indemnización de 40.000 euros, casi un tercio de la aplicable resultante de aplicar el Baremo, toda vez que la intención de los actores no es obtener un beneficio económico, sino una satisfacción moral por el nefasto obrar de la demandada y reprochable actuación.

A tal pretensión se ha opuesto la parte demandada habida cuenta que lo que se expone en la demanda son meras afirmaciones subjetivas de los progenitores, sin prueba alguna.

Se niega que el menor durante el tiempo que estuvo escolarizado en el centro «Amor de Dios» fuese objeto de acoso, humillación, vejación o agresión física alguna, por parte de otros alumnos del centro, que haya podido ocasionar-

le trastornos psíquicos y de las que la demanda deba ser declarada responsable.

Los profesores, atendiendo a las peticiones de la madre del menor trataron de comprobar la situación de acoso y hostigamiento que la misma denunciaba, sin que nadie pudiese percibir indicio o sintomatología alguna de ello. Por el contrario Florentino asistía con regularidad a clase, se mostraba participativo e integrado y su rendimiento escolar fue excelente, lo que no es propio de niños en tal situación en que se rechaza ir al centro escolar, presentar, indisciplina e infelicidad y aislamiento del grupo.

Los escasos episodios en que estuvo implicado Florentino y otros compañeros de clase fueron correctamente abordados, siendo incidentes normales en la convivencia.

Ningún integrante de la comunidad escolar pudo corroborar las manifestaciones de los padres e incluso a instancia de la CAM se ofreció a los padres realizar al alumno un test denominado «Tamai» para constatar si efectivamente existía acoso y hostigamiento, oponiéndose a ello los padres, evidenciando la búsqueda de futura contraprestación que ahora se constata, llegando a grabar las conversaciones de modo clandestino.

Se alude así en la demanda a la insoportable situación del menor en el centro, de modo genérico sin prueba alguna. Además se señala que el menor padece un grave trastorno psicológico, sin prueba de ello.

En cuenta a los incidentes que narran del curso escolar 2007-2008 (2.º de Primaria), referidos a los cambios de humor o tics del menor, desaparición de útiles escolares y pinchazos, son manifestaciones subjetivas sin prueba alguna, asistiendo el menor a clase con regularidad, sin incidencia alguna y sin que la madre solicitase nunca entrevista con la tutora.

En el curso siguiente, 2008-2009 (3.º de Primaria) que dura nueve meses, existió sólo un incidente aislado durante el desarrollo de una excursión escolar, correctamente resuelta por los profesores, lo que sirvió de justificación a la madre para insistir en el presunto acoso que nadie constataba. En esa excursión el menor perdió un monedero con cinco euros y sus compañeros lo encontraron sin saber que era suyo y

se lo gastaron, incluido Florentino a quien también invitaron.

Conocidos los hechos a través de la psicóloga se efectuaron varias reuniones terapéuticas con el grupo completo por un lado y los implicados por otro para corregir los comportamientos, tratar habilidades positivas y fomentar relaciones adecuadas, resolviéndose lo sucedido, devolviendo los objetos y pidiendo disculpas los causantes, aplicando como medida adicional quedarse sin recreo y sin excursión, como medidas disciplinarias oportunas y adecuadas a la edad de los menores. Pretendió por ello la madre de Florentino que se cambiase a los menores de aula, lo que no se hizo al ser perjudicial para el devenir del grupo, ofreciendo a la madre cambiar a Florentino de clase, lo que rechazó.

Respecto al curso de 4.º de Primaria que cursó el menor desde septiembre de 2009 a febrero de 2010 nunca los padres solicitaron entrevistarse con la tutora, Doña Noelia, conociendo al padre de Florentino a la tutora cuando irrumpió en medio de una reunión que la misma mantenía con la madre de otro alumno llamado Víctor, recriminando haber amenazado tal madre a su hijo.

Se pretende de contrario justificar el acoso con la reprochable conducta de grabar las conversaciones con los profesores sin su conocimiento, tratándose de cuatro grabaciones manipuladas en su valoración y sacadas de contexto, comprobándose cómo la madre narra los hechos con ansiedad y nerviosismo, tratando sus interlocutoras de calmarle con educación y respeto, frente a la falta de educación de la misma acusándoles de «estigmatizar» a su hijo.

Al insistir la madre en el acoso trataron de nuevo de comprobar tales hechos, sin resultado alguno, manifestando la madre que el menor cuando hablaba con ellos les mentía. No obstante la madre acudió a denunciar a las autoridades educativas, interviniendo el inspector de zona Don Eugenio, que incoó expediente recibiendo todo tipo de explicaciones, emitiendo resolución de 16 de diciembre de 2009 en que no se constataba si eran hechos aislados o continuados. Se ofreció a los padres efectuar el Test Autoevaluativo Multifactorial de Adaptación Infantil (Tamai), para constatar con elementos objetivos si

el menor estaba sufriendo algún tipo de acoso escolar, en la reunión que tuvo la psicóloga con la madre el 11 de diciembre de 2009 negándose a autorizarlo. Se propuso también a los padres acudir al equipo de psicólogos del servicio de asistencia a la víctima del Ayuntamiento de Alcorcón, lo que tampoco aceptaron.

Dado que los padres no querían que el menor volviese al centro escolar a pesar que su seguridad no estaba garantizada, es por lo que se ofreció la posibilidad de trasladar al menor de centro para que no perdiese el curso escolar.

Además de grabar las conversaciones remitieron los padres en las vacaciones de navidad de 2009, un burofax para que nadie hablase con el menor, volviendo la directora, profesores y psicóloga a la vuelta de vacaciones a entrevistarse con los alumnos para tratar de encontrar algún indicio del presunto acoso, sin resultado, trasladando la respuesta a la madre y levantando acta de la reunión.

Al no existir la situación de acoso no procede tampoco indemnización alguna por ello. Así salvo el informe pericial que se aporta, de parte, no hay ninguna otra asistencia médica prestada al alumno por un centro médico que avale el acoso. El informe médico de 12 de enero de 2010, se impugna, siendo el menor quien refiere a su madre que está siendo acosado.

En cuanto al informe de parte no incluye el test Tamai, más completo que el test Ave que se incorpora, cuantificando la contraparte la reclamación en 40.000 euros sin elementos objetivos para ello.

Determinado lo anterior tal y como la SAP Madrid 737/2008, de 18 de diciembre, citada además por la parte actora específica: «El acoso escolar también conocido como bullying, según se define en la “Instrucción 10/05 de la Fiscalía del Estado sobre Tratamiento del Acoso Escolar” comprende un catálogo de conductas, en general permanentes o continuadas en el tiempo y desarrolladas por uno o más alumnos sobre otro, susceptibles de provocar en la víctima sentimientos de terror, de angustia e inferioridad idóneos para humillarle, envilecerle y quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral».

Por su parte la SAP de Madrid 611/2010, de 15 de noviembre, señala que «El *bullying* es

un fenómeno que ha sido objeto de observación en fechas relativamente recientes (finales de los años 70 y principios de los 80) fundamentalmente en países del norte de Europa, y puede ser definido como una conducta de persecución física y/o psicológica intencionada y reiterada o repetida por algún tiempo. Es así preciso que la parte actora acredite cumplidamente la situación de acoso mantenido, para determinar si la actuación del Centro Escolar y su profesorado fue o no negligente, pues para la apreciación del acoso escolar no es suficiente un incidente aislado, sino varias actuaciones mantenidas en el tiempo, esto es, una persistencia en la agresión, todos ello presidido por la voluntad de causar un mal (daño o miedo) a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor o de un grupo».

Es así esencial para justificar el acoso antes definido, que concurra una situación repetida o reiterada en el tiempo y en condiciones tales de gravedad que sea susceptible de llegar a generar ese daño o menoscabo en la integridad física y moral del menor, produciéndose además dentro del ámbito escolar y en el ámbito de vigilancia y control que todo centro educativo ha de prestar a sus alumnos, en tanto ejercen las facultades de guarda y custodia de los mismos, en sustitución de sus progenitores. Es por ello que se impone a tales guardadores la responsabilidad que establece el artículo 1902 del CC, con un grado adicional de exigencia si cabe, que llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva.

Continúa así la SAP Madrid 737/2008 referida con cita de la doctrina del Tribunal Supremo que recoge la Sentencia de 10 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2483), y que afirma que «La nueva redacción del artículo 1903, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y

complementarias». Es decir, se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad.

Partiendo de tales premisas en el presente caso, de la valoración en conjunto de las pruebas practicadas, se estima acreditada la pretensión ejercitada (artículo 217 de la LEC).

En primer lugar se ha de partir en estos supuestos de la dificultad que ofrece para los demandantes la justificación y acreditación de unos hechos reiterados en el tiempo, que se ocultan por su propia naturaleza, y dada la edad del menor y ámbito que se producen, ajeno a su vigilancia y control. Es por ello que ante sospechas de esta naturaleza, acreditado el daño, se invierte la carga de la prueba siendo esencial y fundamental la actuación activa del centro, sobre todo en las circunstancias y lugares que no son las propias del entorno de la misma clase, en que ese control es más directo y ofrece menor dificultad.

Tal dificultad junto con la actitud que ha venido mostrando el centro conforme se ha acreditado, determina que parte de las pruebas de tener en consideración, sean las mismas grabaciones que de sus conversaciones con la directora, psicóloga y alguna profesora del centro efectuó la madre del menor, grabaciones no impugnadas ni contradichas por la parte demandada, salvo en su valoración.

Comenzando por lo que de las mismas de desprende, resulta sin duda esa situación de acoso u hostigamiento al menor continuada y reiterada en el tiempo, pues si bien no lo es todos los días, sí de modo continuo como vienen a reconocer en las conversaciones tanto la directora como la psicóloga, sin que frente a ello quepa aducir que se trataba de tranquilizar a una madre, puesto que nada menos tranquilizador que confirmar unas sospechas de acoso continuado al menor, siendo la negativa tajante la que evitaría la angustia. Resulta además de la conversaciones que la responsable del centro y psicóloga aluden al año anterior en varias ocasiones y no a incidentes aislados del año anterior como época del mayor acoso, refiriéndose a medidas que tomaron y a su vigilancia por dicho acoso, manifestaciones que en el acto del juicio al prestar declaración como testigos, niegan fuese así, sin justificación, conforme se ha expuesto, aludien-

do a estar sacadas de contexto, lo que no cabe apreciar.

Llega incluso la misma psicóloga a cuestionarse la adecuada falta de adopción de medidas por parte del centro para con los acosadores, sin dudar que el acoso no es de un niño puntual sino del grupo, del que excluye incluso tras la actuación de su padre a Octavio. De nuevo sin justificación, en el juicio se mantiene que todas esas declaraciones lo fueron para tranquilizar a la madre, contradiciendo sus propias palabras la psicóloga y directora.

Tampoco se aprecia que las conversaciones grabadas lo sean provocando que se reconozcan hechos inciertos, siendo las primeras grabaciones anteriores incluso a la fecha en que los padres denuncian y acuden a los servicios de atención y tratamiento, de modo que no consta siquiera que lo hiciesen asesorados por otros, expertos en la materia.

En cuanto a los incidentes específicos, se reconocen en las mismas grabaciones y no se explican por las testigos de modo lógico en el acto del juicio. Así tras reconocer la directora incluso por escrito que los menores «habían cogido una cartera a un niño», mantiene ahora (al igual que la psicóloga), que quería decir que la habían encontrado por casualidad y que el dinero se los gastaron entre todos; explicación contraria no sólo a lo que consta grabado y por escrito, sino además a sus propios actos, pues de tratarse de un simple hallazgo no se entiende la causa de castigar a los menores, con un semana sin recreo, obligar a pedir perdón y dejarles sin la siguiente excursión. Al ser interrogadas en el acto del juicio sobre tal contradicción, niegan ahora el hecho que motivó el castigo aludiendo a un simple hallazgo de nuevo, sin poder explicar la causa del castigo.

Es así conocida la doctrina de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, que determina lo inadmisibles del ejercicio de un derecho y acción que se halle en contradicción con una conducta y forma de comportarse anterior, contradictoria e incompatible con dicho ejercicio. A ello cabe añadir que cuando en una determinada relación jurídica uno de los sujetos actúa de manera que produce en el otro la fundada confianza de que, por la significación de su

conducta en el futuro se comportará coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo (artículo 7 del CC) y convierte en inadmisibles las pretensiones que resulten contradictorias con dicha forma de proceder (SSTS de 12 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991, 12 de abril de 1993, 30 de mayo de 1995).

De nuevo incurre en contradicción la parte demandada al afirmar que nunca acudían los padres a los tutores para tratar así de evidenciar lo absurdo de su postura, cuando consta acreditado por el contrario, que se reunían asidua y directamente con la directora y psicóloga e incluso una vez con la profesora de 4.º de Primaria, cuya conversación consta grabada, negando en cambio en el acto del juicio dicha profesora (como en la contestación a la demanda) haber mantenido tal reunión, pero no negando la grabación.

La referida profesora Sra. Noelia ha precisado además que respecto al incidente del patio en que se arremete a Florentino y se le amenaza con dejarle en coma y hacerla la vida imposible como en el año anterior, ella lo aclaró en clase según lo que manifestaban los menores, porque ella no lo presencié y que los menores que también decían que Florentino pegaba. Tales amenazas e incidente se reconocen también por la psicóloga en las grabaciones y al igual que la directora las amenazas de la hermana mayor del menor acosador que acude a amenazar a Florentino delante de toda la clase, a quien dicen haber llamado la atención pese a entender lógico que acuda a defender a su hermano, sin explicar cuál era la agresión o amenaza de Florentino.

Frente a tal situación y tras aludir a que se habían adoptado medidas, ello no se justifica, ni consta que se hablase con los padres de los menores implicados, ni siquiera cuando se les castiga puntualmente según aducen por el incidente de la cartera.

Resulta más grave la actitud omisiva del centro cuando, puesto en su conocimiento directo la realidad de las denuncias que los padres de Florentino estaban efectuando, por parte de uno de los padres de los niños implicados en el acoso, no sólo no hacen caso de tales afirmaciones sino que de nuevo, ni siquiera se comunica a los padres de los otros niños, los hechos tan graves

de los que se acusa a su hijo, no ya sólo por la madre de la supuesta víctima.

En este sentido interrogadas en el acto del juicio la directora y psicóloga sobre las medidas adoptadas ante la carta y correos que el padre de Octavio le remite corroborando, no sólo insultos o vejaciones, sino incluso la sustracción de múltiples objetos que él mismo recupera y devuelve a los padres del menor, se limitan a manifestar que como no había otros indicios y las profesoras no apreciaban el acoso, nada hicieron, ni lo creyeron.

Ninguna alegación efectúa siquiera la parte demandada en su escrito de contestación ante tales hechos, que no niega.

Dicho testigo ha comparecido además en el acto del juicio y de forma contundente, rotunda, objetiva y sin interés alguno (y por el contrario con el perjuicio que le supone admitir tales hechos), corrobora íntegramente la versión de los hechos que por escrito ya dio al centro, destacando la actitud omisiva del centro todos estos años para con él mismo, no informándole siquiera de las denuncias que sobre su hijo se hacían. Además una vez pone en su conocimiento la gravedad y reiteración del acoso a que el menor Florentino ha sido sometido por su hijo junto con otros y solicita una entrevista con la dirección, la psicóloga y los demás padres, por parte del centro se lo deniegan, con la peregrina excusa de no ser posible al tener que pagar la cuota de la psicóloga que él no abona y que es un servicio incluido en el colegio.

Preguntadas en el acto del juicio la psicóloga y directora sobre ello corroboran que fue así, entendiendo que ni con la confesión voluntaria de uno de los implicados tenían tampoco indicios suficientes del presunto acoso, por lo que ninguna medida específica adoptaron, fuera de sus charlas grupales a los cuatro grupos, habituales.

Por otra parte, no se ha traído como testigo a la profesora que tuvo al menor en 3.º de Primaria, Doña Purificación para desmentir la sustracción de la cartera, el bati o monopatín o que no fuese la misma quien remitiese directamente a los padres a la dirección y psicóloga por entender que en su curso había un hostigamiento en grupo, no explicando la parte demandada por

qué y cuándo se inician tales reuniones, cuando efectivamente es habitual hablar primero con el tutor salvo hechos lógicamente más graves, fuera de los que habitualmente se trata en el curso y afectantes a más de un curso.

Ni siquiera en las informaciones facilitadas por el colegio ante la sospecha de acoso al Inspector de educación, consta que se emitiese el informe por tal profesora, Purificación que además, conforme manifestaban los padres, fue la que se tomó interés y dijo a los padres que era una actuación en grupo debiendo hablar por ello directamente con la dirección, siendo el curso en que tiene lugar el único incidente, (la sustracción de la cartera), que se castiga a los menores. Fue a raíz de la intervención de esta tutora cuando los padres toman conocimiento de los hechos, no alegando nada al respecto la contraparte, que no explica por qué hablaban directamente con la dirección en 3.º y 4.º de Primaria, como consta en las grabaciones.

Justifica además el testigo padre de Octavio, que es en ese curso cuando le robaron el monopatín y se le devolvió Florentino.

Por su parte el inspector Don Eugenio, confirma en el acto del juicio, que no pidió el informe que efectivamente le faltaba, si bien ante la sospecha de acoso y en prevención, se tomó la medida de traslado del menor, que es una medida para situaciones urgentes y graves y no habitual, no adoptándose por tanto de no existir indicio alguno.

Precisa que aunque recomendó hacer el test Tamai y remitió a los padres a organismos públicos especializados, sus recomendaciones lo fueron a través del propio colegio, a quien se lo transmitió.

En esta cuestión no consta acreditado que los padres se negasen a que hiciesen ese test a su hijo y sí en cambio que fueron a organismos oficiales que les remitieron a unos especialistas, que efectuaron test semejantes, como los mismos peritos especialistas que han intervenido en el juicio han corroborado, de personalidad, adaptación y acoso específico, más completos que el test Tamai, limitado a medir la adaptación del menor.

A los anteriores hechos acreditados no obsta la declaración de la profesora de 2.º de Pri-

maria, (objeto de tacha como la profesora de 4.º de Primaria por ser dependientes del colegio), quien sin negar incidentes que no recuerda, no excluye ni desmiente su existencia, corroborando en cambio el padre de Octavio, que ya en esa época le agredían, aislaban, sustraían objetos y llamaban de modo despectivo.

No se justifica en modo alguno que con tales indicios por parte de la entidad demandada y sus integrantes, fuera de charlas grupales, no se adoptase medida alguna, con relación a los hechos fuera de proponer separar del grupo al menor hostigado, en lugar de separar a sus hostigadores e incluso deshacer el grupo. No se entiende tampoco que de ser el presunto hallazgo de la cartera un hecho aislado, se pretenda aplicar una medida tan grave como trasladar a Florentino de clase como se ofreció.

Tampoco se niega que se manchase y rompiese la chaqueta a Florentino como último incidente que narran los padres, limitándose sin negarlo a manifestar la directora, que fue algo nimio, como si se pasase un alfiler por la chaqueta, siendo el resultado del hecho, que sí existió, lo menos importante.

Además de la actitud omisiva del centro, han ratificado la directora y la psicóloga que no dieron explicaciones a los padres, ni a los de Florentino ni al del menor Octavio, de las medidas que pensaban adoptar (que no adoptaron) y que les manifestaron, que adoptarían las que creyesen oportunas y que no se las explicarían. Reconoce además la directora haber recriminado a los padres acudir a instancias ajenas al colegio, cuando admite al propio tiempo que ellos no adoptaban medidas, porque sus profesoras no apreciaban el acoso.

El inspector que ha declarado admite que en el servicio de orientación al que inicialmente remitió a los padres, estaba personal del colegio siendo éste el motivo del rechazo de los padres, que no obstante acudieron a otras instancias oficiales, siendo lógico que tras el rechazo y omisión del colegio se pretenda acudir a instancias absolutamente desvinculadas del colegio, si bien, no obstante, oficiales.

No sólo no se agotaron en este caso por parte del colegio las medias de vigilancia y control que tenía a su disposición, sino que además, no

adoptó ninguna adicional, como ratifican fuera de charlas grupales y ofrecer al niño acosado un cambio de clase, por un hecho que califican de aislado y que no fue tal.

Tales comportamientos omisivos son claramente susceptibles de generar en el menor un daño moral obviamente resarcible constituyendo un hecho notorio y hasta máxima de experiencia la penosidad que deriva del acoso para el que lo sufre, en condiciones como las relatadas, por sus propios compañeros de modo reiterado, que le dejan en situación de clara indefensión, por parte además de quien asume la posición de garante de su seguridad psíquica y moral en sustitución de los padres, y dada, como señala la SAP Madrid citada de 18 de diciembre de 2008 «la preocupación que socialmente existe sobre el maltrato entre alumnos en los Colegios, que afecta a un número nada despreciable de escolares de violencia entre sus iguales, que como de todos es conocido tiene a veces consecuencias fatales para los menores, debiendo seguirse en los Colegios las directrices de la Conferencia de Utrecht de febrero de 1997, que ya ratificó como necesario y urgente, que en los centros educativos europeos se implementen y lleven cabo medidas de prevención de la violencia escolar. Y que, según los estudios científicos sobre el bullying, los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, generando en la víctima sentimientos de culpabilidad; se configura así una situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo».

En torno a esta cuestión, resulta conveniente recoger la doctrina de Tribunal Supremo, expresada en la Sentencia de TS, Sala 1.ª, de fecha 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) que señaló lo siguiente:

«del daño moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica... y puede en esa línea entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre

el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su quantum económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico...».

También la Sentencia de la AP Álava, Sec. 1.ª, de 27 de mayo de 2005 (AC 2005, 1062) en un supuesto similar, entendía comprendidos en este concepto de dolor moral de la víctima de un acoso escolar: «toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito...» considerando que «el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser, —en lo posible— objeto de la debida probanza, demostración o acreditamiento por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que si bien dentro del campo en que se subsume este daño moral, inicialmente, en la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito no se ha producido por un conducta responsable...».

Respecto a la cuantía indemnizatoria procedente no resulta vinculante en este caso la aplicación del Baremo referido a accidentes de tráfico, tal y como admiten las partes, si bien es habitual acudir al Baremo como criterio de referencia.

Así en las SSAP Madrid de 5 de mayo de 2004 o 16 de junio de 2008, se señala que «en la cuantificación de la indemnización para el resarcimiento de daños corporales (inclusivos psíquicos), es habitual acudir a los criterios señalados en el baremo valorativo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (RCL 1995, 3046) y que si bien es cierto que dicho baremo es vinculatorio exclusivamente para los accidentes de tráfico, sirve como útil orientador, máxime cuando el propio perjudicado lo pide. Manifestación de lo

expuesto la encontramos en la STS de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4724), que señala al respecto que: “Si bien es cierto que esta Sala se mostró en principio renuente a aplicar el referido sistema como criterio orientativo en otros ámbitos de la responsabilidad civil —Sentencia de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5423)—, no lo es menos que su doctrina más reciente admite sin problemas que pueda ser uno de los criterios de referencia para los jueces y tribunales de instancia, tal y como pone de manifiesto la Sentencia de 20 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2671), en recurso de casación núm. 5274/2000, con cita de las Sentencias de 27 de noviembre de 2006 en recurso núm. 5382/1999, 17 de mayo de 2007, en recurso núm. 2591/2000, 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 4692), en recurso núm. 3500/2000 y 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5447), en recurso núm. 3653/2000, entre las más recientes. En virtud de esta doctrina, siendo indiscutible que el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, atendidos los hechos probados, es el de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27), no es menos cierto que la determinación de la cuantía que ha de servir de compensación de los daños ocasionados al actor es el resultado de una actividad de apreciación que corresponde al juzgador, para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse de sistemas objetivos: como el del Baremo a efectos orientativos, con la consecuencia de que la cuantía de la indemnización así concedida no pueda revisarse en casación —Sentencia de 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/1998, y Sentencia de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 674), recurso núm. 2280/1999, entre otras muchas—, salvo que “las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el Baremo” —Sentencia de 27 de noviembre de 2006, recurso núm. 5382/1999—, esto es, en caso de irrazonable desproporción de la cuantía fijada —Sentencia de 23 de noviembre de 1999—, especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesarias y adolecen de desajustes apreciables mediante la aplicación de una racionalidad media —Sentencias de 20 de

octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 9887), 21 de abril de 2005 y 10 de febrero de 2006—, pues sólo en este caso la discrecionalidad de la que puede hacer uso el tribunal, se convertiría en arbitrariedad, proscrita por el ordenamiento».

Acreditado el acoso sufrido por el menor y siendo el daño moral inherente al mismo, existe además un informe pericial aportado ratificado de modo contundente y rotundo por sus emisores y que no ha resultado contradicho por la parte demandada en un punto alguno. Dicho informe constata los diversos padecimientos del menor originados por el acoso, con determinados reflejos físicos apreciados, tras su tratamiento e incluye no sólo un test, sino varios, algunos de naturaleza semejante al mencionado Tamai.

Aclaran y especifican los emisores del informe con conocimientos específicos en la materia, que el hecho de que en el caso de este menor no consten amplios antecedentes médicos del posible reflejo físico que el acoso haya podido ocasionar y sólo algunos episodios de vómitos, eczema o nerviosismo y por referencias de la madre a partir de diciembre de 2009, ello no excluye el daño moral sufrido y en este caso específico el estrés postraumático asociado, que justifican los referidos peritos, en forma semejante a como se especifica y valora la secuela de aplicar al Baremo de accidentes de circulación.

Frente a tal informe pericial ninguna prueba aporta la parte demandada que podía haber solicitado perfectamente y efectuar al menor el tan nombrado test Tamai, (que sólo lo es de adaptación) o examinar al menor por perito experto, sin haber hecho uso de prueba alguna al efecto, para desmentir el acoso y las posibles secuelas.

El simple hecho de sacar buenas notas o su no absentismo son explicados coherentemente por los peritos, como no excluyentes del acoso, en función de la propia actitud de los padres y su apoyo y la gran inteligencia del menor.

Es por ello que procede la concesión de la indemnización interesada inferior incluso en más de un tercio a la que correspondería de aplicarse el Baremo referido, en función del propio principio dispositivo, al no haber desvirtuado

la parte demanda las secuelas que se constatan en la pericial referida o su valoración. Existe además en la sentencia que sirve de base a la reclamación de la actora (SAP Madrid de 18 de diciembre de 2008) la concesión de un montante económico semejante, en base a una fundamentación que cabe asumir, al tratarse de supuesto semejante y se consiste en que «Ciertamente es difícil concretar en cuánto se puede calibrar el sufrimiento de un niño, ante una situación de este tipo, viéndose solo, humillado, atacado de manera continua y sin protección alguna por aquellos que deberían habérsela dispensado, en una edad preadolescente, los once años (en tal caso), en la que tan necesaria es para la formación de la propia estima, la seguridad que proporcionan las relaciones con los amigos y compañeros del

colegio, y la tutela de aquellos que asumen la dirección de su formación, pues estos hechos se producen en un ámbito que escapan al cuidado de los padres, ajenos a lo que sucede con la vida de su hijo durante el tiempo que es confiado al Centro Escolar. Entiende la sala que aun siendo difícil una concreción económica la suma peticionada como indemnización no es excesiva y cumple la función reparadora del daño causado, por lo que procede estimar la demanda en cuanto a la cantidad reclamada, reconociendo a los padres del menor como sus representantes la suma de 30.000 euros como indemnización por el daño moral causado a su hijo».

Procede así por todo lo expuesto, la estimación íntegra de la demanda formulada y condena de la demandada en los términos interesados.

CUESTIONES PROCESALES

Se admite la recusación de los integrantes del equipo psicosocial adscritos al Juzgado de Familia al haber emitido en otro procedimiento un informe no apoyando la custodia compartida, que es la pretensión del actor en el presente litigio.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 24 de Madrid, Auto de 18 de julio de 2011

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Juan Pablo González del Pozo**

Con carácter previo al examen de la posible concurrencia de las causas de recusación alegadas, la primera cuestión que plantea la recusación formulada contra el perito psicólogo integrante del Equipo Técnico Judicial de este juzgado D. Luis, por las causas previstas en el artículo 124.3.1 de la LEC y 219.4, 5 y 8 del mismo cuerpo legal, es la determinación de la naturaleza jurídica de la prueba que el artículo 92.9 del CC denomina «dictamen de especialistas debidamente cualificados», pues la naturaleza jurídica de dicho dictamen es la que nos permitirá precisar el régimen jurídico aplicable a la recusación formulada.

Es sabido que un importante sector de la doctrina considera que el denominado dictamen de especialistas o informe emitido por los miembros del intitulado en los artículos 92.6

del Código Civil y 777.5 de la LEC «Equipo Técnico Judicial», es decir, por los psicólogos y trabajadores sociales integrantes de los conocidos como equipo pericial psicosocial, no es en realidad una auténtica prueba pericial ya que la misma no se ajusta a los trámites de designación judicial de perito previstos en el artículo 341.1 (sistema de lista corrida); tampoco la delimitación del objeto de la pericia se reserva a las partes, sino al juez; se lleva a cabo sin la intervención de los letrados de las partes contemplada en el artículo 345 de la LEC, y, por último, se emite y ratifica de manera distinta a la prevenida en los artículos 346 y 347 LEC. Esta postura propugna, en definitiva, que el dictamen de especialistas no es una auténtica prueba pericial incardinable en el número 4.º del artículo 299 de la LEC y que, por tanto, quienes emiten dicho dictamen

no son verdaderos peritos y no les es aplicable el régimen de recusación previsto en la LEC para los peritos designados judicialmente.

Frente a dicha posición, otro sector sostiene que, si bien el dictamen de especialistas no se acomoda a la normativa de la LEC sobre el dictamen de peritos ni en el modo, forma y momento en que es aportado al proceso, ni en la manera de designar los peritos, por su contenido y valor en el proceso es, indudablemente, una prueba pericial ya que aporta al Tribunal una serie de conocimientos científicos y técnicos especializados necesarios para valorar hechos y circunstancias personales de los litigantes y de los hijos comunes.

Pues bien, nos inclinemos por una u otra posición, es lo cierto que el dictamen de especialistas emitido por el equipo pericial psico-social adscrito a los Juzgados de Familia ha de entenderse comprendido dentro de la prueba pericial a que se refiere el apartado 5 del artículo 339, y, por tanto, a los efectos aquí debatidos, es preciso incardinar tal prueba en una de las dos modalidades de prueba pericial reguladas en la LEC 1/2000: los dictámenes periciales emitidos privadamente por los peritos designados por las partes, que posteriormente son aportados al proceso, o los emitidos, en el seno del proceso, por los peritos designados judicialmente.

Esa dualidad de dictámenes periciales es relevante, a los fines aquí analizados, porque sólo pueden ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente (artículo 343.1 LEC) en tanto que los designados por las partes no son recusables sino susceptibles de tacha (artículo 343.1, párrafo 2.º, LEC), y, habrá de convenirse sin mayor dificultad, que los peritos integrantes del Equipo Técnico Judicial son recusables puesto que son designados judicialmente.

Es cierto que el artículo 124.1 de la LEC, al regular el ámbito de recusación de los peritos, acota los recusables «a los designados por el tribunal mediante sorteo» y que, en el caso de los peritos del Equipo Técnico Judicial, la designación no es por sorteo o sistema de lista corrida y que su nombramiento viene predeterminado por su pertenencia a un determinado Equipo Técnico, pero eso no convierte en dudoso que su designación no compete a las partes sino al

juez y eso hace de aplicación al caso lo prevenido en el artículo 343.1 de la LEC que declara susceptibles de recusación a todos los peritos designados judicialmente, y no sólo a los designados por el juez por medio de sorteo; por tanto, en la disyuntiva de considerar a tales peritos recusables o susceptibles de tacha habremos de inclinarnos por la primera opción en la medida en que no cabe una especie de *tertium genus* de peritos, respecto de la dualidad regulada en la LEC, que serían los designados judicialmente, pero no por sorteo, por su condición de peritos oficiales al servicio de la Administración de Justicia.

Piénsese que la aplicación literal de lo dispuesto en el artículo 124.1 de la LEC en este supuesto conduciría a estimar que estos peritos, al ser designados judicialmente, pero no por sorteo, no son recusables, en tanto que la aplicación del artículo 343.1 les haría recusables. Esa contradicción o antinomia entre ambos preceptos parece que debe resolverse en favor de lo dispuesto en el último de los preceptos citados, al ser norma especial respecto del 124.1, entendiendo que son recusables todos los designados judicialmente, sea por sorteo, sea directamente, como en el caso de los peritos integrantes de los equipos técnicos judiciales adscritos a los juzgados de familia.

Ha de tenerse en cuenta, además, en pro de la tesis aquí defendida, que la causa de recusación tipificada en el artículo 124.3.1 de la LEC no es motivo de tacha (*vid.* artículo 343 LEC) y que, en puridad, el fundamento de dicha causa de recusación es enteramente predicable del perito psicólogo oficial designado en este proceso matrimonial por el juez. En efecto, lo que con dicha causa de recusación (haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso) quiere evitarse es la simple sospecha de falta de objetividad y consiguiente apariencia de parcialidad del perito que ha emitido anteriormente otro dictamen sobre el mismo asunto en sentido desfavorable al recusante y puede estar contaminado sobre la materia objeto de pericia con determinados juicios previos derivados de sus opiniones científicas o técnicas anteriores desfavorables al recusante. Y siendo

aplicable esta causa de recusación a los peritos designados judicialmente que hayan dado anteriormente informe desfavorable al recusante, dentro o fuera del proceso, sobre el mismo asunto, no se advierte inconveniente en que lo sea a los peritos de designación judicial directa que hubieren emitido el informe desfavorable que motiva la recusación en otro proceso anterior, siempre que, en uno y otro caso, el objeto de la pericia recaiga sobre materias sustancialmente coincidentes, pues la identidad de razón para decidir en uno y otro caso es evidente. Por todas las razones expuestas debe ser aplicable a este tipo de peritos, aunque lo sea analógicamente, el régimen de recusación de los peritos previsto en el artículo 124 de la LEC.

Esta apreciación es contraria al criterio sostenido por este mismo magistrado en el auto dictado con fecha 5 de julio de 2010 en el proceso de modificación de medidas de este juzgado 636/2009, siendo las razones del cambio de criterio las expuestas en este fundamento.

Partiendo de la aplicabilidad al caso de lo dispuesto en el artículo 124.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil resulta procedente estimar la recusación del perito psicólogo adscrito a este Juzgado D. Luis formulada por la representación procesal del Sr. José en los presentes autos de modificación de medidas n.º 1213/2010, de que trae causa este incidente, en cuanto ha quedado acreditado que el expresado perito psicólogo emitió, con fecha 9 de junio de 2008, informe psicosocial en los autos de modificación de medidas seguidos en este juzgado bajo el n.º 1250/2007 en sentido contrario (o, al menos, parcialmente contrario o desfavorable) a

la pretensión de custodia compartida allí deducida por la parte ahora recusante, al recomendar en el mentado dictamen dicho perito mantener la custodia exclusiva de la madre y ampliar el régimen de estancias de las menores con su padre, lo que integra la causa de recusación prevista en el artículo 124.3.1.ª de la LEC y conduce a la estimación de la recusación sin necesidad de examinar la posible concurrencia de las demás causas de recusación invocadas.

Nótese que el artículo 124.3.1.ª considera causa de recusación que el perito haya «dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso», contemplando de esta manera, en lo que a los emitidos dentro del proceso se refiere, tanto el supuesto en que el dictamen contrario a los intereses del recusante se haya emitido en otro juicio anterior sobre el mismo objeto, que no surta efectos de cosa juzgada en el posterior en que se hace valer la recusación, como el supuesto de proceso sobre objeto procesal distinto (por ejemplo, un segundo o ulterior proceso de modificación de medidas) si la materia objeto de pericia coincide.

Éste es, cabalmente, el supuesto que se da en el presente caso, en que, tanto en el proceso de modificación de medidas n.º 1250/2007 seguido ante este juzgado entre las mismas partes, como en el presente, se solicita por el actor, y también recusante, el establecimiento de un régimen de custodia compartida de las hijas menores de los litigantes, basando la pretensión de este segundo proceso en hechos distintos de los alegados como fundamento de su acción en el primero.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Se revoca la nota de calificación de la registradora toda vez que al haberse acordado por la Audiencia Provincial la atribución del uso de la vivienda por cinco años, no puede aquélla integrar la configuración del derecho de uso en base al contenido de un fundamento jurídico del que parece deducirse que la extinción del derecho está condicionada a que no exista deuda por pensiones compensatorias.

DGRN, Resolución de 1 de marzo de 2011

En este recurso se plantea una cuestión sobre determinación del alcance de la calificación de los Registradores con relación a documentos judiciales. Son circunstancias relevantes las siguientes: 1.º En el Registro consta inscrito a favor de doña N.P.M. un derecho de uso y disfrute sobre la vivienda de don A.N.S. en virtud de un Auto dictado en un procedimiento de medidas cautelares; 2.º Por Sentencia que pone fin al procedimiento en Primera Instancia se fija a favor de la esposa una compensación económica que debe satisfacerse en forma global, se le adjudica una pensión compensatoria y se le atribuye el uso de la vivienda familiar por el período de tres años desde la fecha de la Sentencia y siempre que se hubiera cumplido el pago de la cifra indicada en compensación en su totalidad así como la pensión compensatoria, es decir que no existan deudas pendientes por estos conceptos; 3.º La Audiencia Provincial, en apelación de la Sentencia de Primera Instancia, falla que: aumenta la cuantía de pensión compensatoria; deja sin efecto la indemnización fijada en la Sentencia; establece el derecho de uso de la vivienda familiar reconocido a la esposa por el término de cinco años desde la fecha de la resolución de Primera Instancia; y confirma la Sentencia de Primera Instancia en los restantes pronunciamientos. Además, en su fundamento de Derecho Cuarto señala, en relación a la duración del derecho de uso que: «... al no existir hijos menores ni dependientes del núcleo familiar materno (la

única hija, Silvia, nació el 4 de marzo de 1971) y tratarse de una vivienda que es propiedad exclusiva del marido, no procede que este derecho sea reconocido con carácter indefinido, sino que la limitación de los derechos dominicales del propietario debe ser proporcional al tiempo de convivencia y al resto de las circunstancias concurrentes, entre las que también está la cercanía a la jubilación del demandado. En consecuencia procede mantener la limitación del derecho, pero moderando el corto plazo concedido, (que lo fue por razón del reconocimiento a la esposa de la indemnización del artículo 41 Código de Familia que ha sido suprimida), y fijándolo en el de cinco años». La Registradora suspende la cancelación del derecho de uso pretendida mediante la presentación de la Sentencia de la Audiencia, solicitando aclaración sobre si el derecho de uso se atribuye por cinco años desde la Sentencia de Primera Instancia o por cinco años habiéndose pagado la pensión compensatoria, puesto que sobre este último extremo no se pronuncia la resolución judicial, añadiéndose la circunstancia de que se confirma la Sentencia de Primera Instancia en todos los restantes pronunciamientos.

2. El defecto, tal y como ha sido redactado, no puede mantenerse por cuanto del documento calificado no cabe considerar la existencia de una deuda de la suficiente entidad como para evitar la inscripción —en este caso cancelación del derecho—, debiendo interpretarse la

resolución en el sentido de que el derecho de uso conferido a la esposa se atribuyó por cinco años desde la Sentencia de Primera Instancia sin más condicionamiento. En efecto, la Sentencia de Primera Instancia atribuyó un derecho de uso limitado en el tiempo pero sujetando su extinción a la doble condición de que no quedaran pendientes deudas derivadas ni de la indemnización fijada ni de la pensión compensatoria concedida. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia optó por modificar la duración del derecho, reconociéndolo por un período de cinco años desde la resolución de Primera Instancia sin más. Es cierto que el fundamento de Derecho cuarto, a la hora de justificar la medida que ahora ocupa, señala que el plazo inicialmente concedido lo fue por razón del reconocimiento de una indemnización suprimida en apelación, olvidando con esa afirmación que en la Sentencia de Primera Instancia se preveía una segunda condición para la extinción del derecho: que el ex marido no tuviera pendientes

deudas derivadas de la pensión compensatoria concedida. Pero esta omisión debe valorarse como una cuestión referente al fondo sustancial del asunto, por tanto, excluida de la calificación registral *ex* artículo 100 del Reglamento Hipotecario, de modo que, señalando taxativamente el fallo de la Sentencia de la Audiencia que la duración del derecho es de cinco años, sin otra limitación, es demasiado forzado pretender integrar la configuración del derecho introduciendo una condición sobre la base del inciso final de la Sentencia por la que se confirma la Sentencia de Primera Instancia en los restantes pronunciamientos. Debe tenerse en cuenta que la condición de acreditar el pago de las deudas pendientes por pensión compensatoria como requisito para la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar no constituye un elemento ni esencial ni natural de tal derecho sino que representa un elemento accidental que sólo tendrá operatividad cuando expresa y claramente se haya determinado así.

CUESTIONES PROCESALES

Se deniega la inscripción de un mandamiento de anotación de embargo expedido en un procedimiento ejecutivo que se dirige contra la herencia yacente, sin haber dirigido el procedimiento contra persona determinada alguna en su condición de eventual heredero, siendo necesario en estos casos el nombramiento de un administrador de la herencia yacente.

DGRN, Resolución de 10 de enero de 2011

Se presenta en el Registro Mandamiento de anotación preventiva de embargo expedido en procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales seguido contra la herencia yacente de determinadas personas, titulares registrales de la finca objeto de embargo. El Registrador no practica la anotación solicitada por los siguientes defectos subsanables: 1.º Se ha omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto, designando un administrador que represente a la herencia yacente; y 2.º Es necesario expresar la fecha del fallecimiento del causante.

2. Se plantea, una vez más, en el presente recurso la cuestión de precisar el alcance de la

calificación registral frente a actuaciones judiciales. Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos»), el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los Registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan.

No obstante, como también ha sostenido este Centro directivo en reiteradas ocasiones, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) 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 seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, 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, en caso contrario, haya tenido, al menos, legalmente 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 procesal apreciadas 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 en el procedimiento, con independencia del modo o garantías de las citaciones practicadas en los autos. Se trata de verificar la adecuación entre la resolución recaída y el procedimiento legalmente previsto; recayendo esta competencia en la potestad de la calificación registral, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

3. Asumido lo anterior en cuanto al primer defecto, debe señalarse que es cierto que este Centro directivo ha exigido el nombramiento judicial de un administrador de la herencia

yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo (cfr. artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 166.1 del Reglamento Hipotecario por analogía). Esto es así porque 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, como ha señalado la Resolución de este Centro Directivo de 27 de julio de 2010, no debe esto convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando hay demanda contra personas determinadas como posibles herederos y de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. No cabe desconocer al respecto, la doctrina jurisprudencial (citada en los «Vistos»), en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.

En el presente caso, del Mandamiento únicamente resulta que el procedimiento ejecutivo se dirige contra la herencia yacente, sin haberse dirigido el procedimiento contra persona determinada alguna en su condición de eventual heredero, de modo que es preciso, como señala el Registrador en su nota, el nombramiento del correspondiente administrador judicial. No exime de este requisito el hecho de que el recurrente en su escrito afirme que los hijos de los fallecidos son conocedores del procedimiento y no han manifestado voluntad en contra de la titularidad y derechos que ostentan, pues se trata de una simple manifestación realizada en trámite

de recurso. Dicha manifestación, sólo podría tenerse en consideración si se presentara, para su calificación, la documentación judicial de la que resultare que la demanda se ha dirigido contra la herencia yacente y contra los hijos a los que refiere el recurrente. Pero en este momento debe recordarse, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, que no pueden ser tenidos en cuenta los documentos que no pudieron ser tomados en consideración por el Registrador en el momento de realizar la nota de calificación.

4. Por último, el segundo defecto debe confirmarse. Es incuestionable que, para cumplir el principio de tracto sucesivo, la demanda ha de ser dirigida contra el titular registral, pudiendo dirigirse, en caso de fallecimiento de éste, contra la herencia yacente, pero es indiscutible que en tal caso es preciso acreditar la fecha del fallecimiento del titular registral, y así lo exige expresamente el artículo 166.1 del Reglamento Hipotecario.

MENORES

No se precisa autorización judicial para la inscripción de una escritura pública de compraventa por la que se transmite una finca urbana a una menor de edad, representada por su tutora, con pago del precio pactado que se recibe íntegramente en el mismo acto por el vendedor.

DGRN, Resolución de 17 de enero de 2011

1. El título cuya calificación ha sido impugnada es una escritura pública de compraventa por la que se transmite una finca urbana a una menor de edad, representada por su tutora, con pago del precio pactado que se recibe íntegramente en el mismo acto por el vendedor.

La Registradora suspende la inscripción por no haberse acreditado la obtención de la previa autorización judicial, requisito que —a su juicio— es necesario porque se trata de un acto dispositivo susceptible de inscripción e implica un gasto extraordinario. Y añade que no se acompaña el testimonio del auto del nombramiento de la tutora.

El Notario recurrente considera que dicha autorización no es necesaria, al no estar incluida la compraventa de un bien inmueble en la relación de actos que el artículo 271 del Código Civil sujeta a dicho trámite. Y, respecto del testimonio del Auto de nombramiento, alega que a la vista del mismo entendió que la tutora ejercía legalmente su representación.

2. La primera cuestión que debe ser objeto de examen es si la compraventa de un bien inmueble se incluye dentro de alguno de los su-

puestos para los que el Código Civil exige autorización judicial.

En la nota de calificación ahora recurrida, considera la Registradora que era necesaria la autorización judicial al tratarse de un acto dispositivo susceptible de inscripción o de naturaleza extraordinaria. Se hace referencia con ello a dos supuestos diferentes en los que el artículo 271 del Código Civil exige tal requisito. De un lado, el previsto en el artículo 271.2.º para «celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción». De otro, el contemplado en el artículo 271.5.º para la realización de gastos extraordinarios en los bienes.

Inicialmente es necesario señalar que el juego del último precepto citado se limita a los gastos que se proyecten sobre bienes ya existentes en el patrimonio del tutelado, por lo que la compraventa de un bien inmueble no encontraría acomodo dentro de él. El problema por resolver se limita, por tanto, a determinar la posible proyección del artículo 271.2.º del Código Civil a la compraventa de un bien inmueble, una cuestión que ha despertado cierta polémica doc-

trinal y para la que no han faltado las opiniones en favor de una respuesta afirmativa a partir del argumento de la especial incidencia que la adquisición de un inmueble supone en el ámbito patrimonial del tutelado. Este Centro Directivo, sin embargo, no comparte tal postura.

A la hora de dar respuesta a la presente cuestión resulta esencial tener presente el modo en el que el legislador español ha configurado y dotado de contenido la institución tutelar. De este modo, es necesario ser consciente de que para alcanzar el objetivo esencial de la tutela, es decir, la defensa de la persona y del patrimonio del tutelado, nuestro legislador combina dos mecanismos regulatorios.

Por un lado, y al margen de la identificación de determinados actos excluidos de la representación y administración legal del tutor (cfr. artículos 227 y 267 del Código Civil), se opta con carácter general por conferir al tutor la representación legal del menor o incapacitado y el reconocimiento de un ámbito competencial autónomo que está obligado a ejercer con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 270 de dicho Código). Consecuentemente con esta concepción de la tutela, la intervención judicial se produce únicamente en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos en el Código Civil, como la exigencia anual de cuentas e informes contenida en el artículo 269.4.º del mismo, la rendición de cuentas ante el Juez al cesar el tutor en sus funciones (artículo 279), las medidas que puede adoptar el Juez conforme al artículo 233, y el establecimiento de la responsabilidad en exclusiva por sus actos a través del juego conjunto de los artículos 270 y 285 del Código Civil.

Pero, por otro lado, para determinados actos y contratos el Código Civil contempla un elenco de excepciones al modelo general de actuación del tutor (artículos 271 y 272). Siempre que nos encontremos en uno de estos supuestos, pese a que el tutor continúa siendo quien ostenta el derecho-deber de tomar la iniciativa y, en su caso, materializar el acto o negocio jurídico concreto, corresponde necesariamente a la autoridad judicial determinar la procedencia de su realización. En algunos casos, los contemplados en el artículo 271, la intervención del Juez se

materializa mediante la autorización del acto. En otros, aquéllos a los que hace referencia el artículo 272, el legislador opta por aplazar el control y requiere la aprobación judicial.

Una y otra alternativa, en absoluto responden a intereses opuestos sino que, por el contrario, se encuentran al servicio de un interés común: la protección de la persona y del patrimonio del tutelado. Ahora bien, ello no puede hacer olvidar la circunstancia que se acaba de apuntar, esto es: el modelo general de control judicial del tutor por el que opta el ordenamiento español no es el de autorización ni el de aprobación. Por el contrario, la concesión al tutor de un margen suficiente de autonomía es la única forma de responder a las necesidades de la práctica y de alcanzar los fines atribuidos a la institución tutelar. Establecer una lista desproporcionada de actos en los que resultase preceptiva la intervención judicial supondría la práctica paralización de la actuación del tutor y, con ello, un serio perjuicio para los intereses del representado. Ello obliga a desterrar una idea que parece haber calado en cierto sector doctrinal, como es que la protección del tutelado debe pasar necesariamente por la autorización judicial. En realidad sucede más bien al contrario: los objetivos típicos de la tutela sólo se alcanzan a través de una administración tutelar dinámica que permita dar una respuesta inmediata y eficaz a las continuas demandas que el cuidado de la persona y el patrimonio del tutelado requieren. La autorización judicial únicamente debe entrar en juego cuando la protección del tutelado no pueda alcanzarse a través de otros medios más respetuosos con el modelo de tutela por el que se ha decantado nuestro legislador. Y es que, no exigir autorización judicial para la actuación del tutor no supone en absoluto la ausencia total de supervisión judicial sino únicamente un diferente modo de ejercitarla. Como ya se ha señalado, los artículos 233, 269.4.º y 279 del Código Civil garantizan la presencia constante y decisiva de la autoridad judicial, a la que se une el ya mencionado régimen de responsabilidad estipulado mediante el juego conjunto de los artículos 270 y 285 del mencionado Código.

Consecuentemente con lo apuntado, el legislador español ha optado por someter a control

judicial únicamente una serie de actos o contratos que entiende que por su singular relevancia podrían tener una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente personal o patrimonial del tutelado. Con este objetivo incorpora una lista exhaustiva y cerrada en los artículos 271 y 272 del Código Civil —considerada por un amplio sector doctrinal como excesiva— y que, dado su carácter excepcional, necesariamente debe ser objeto de interpretación restrictiva. Evidentemente, puede haber otros actos o contratos susceptibles de afectar a la persona o al patrimonio del tutelado al margen de los reconocidos en esa enumeración. Sin embargo, el legislador considera que no justifican la imposición de una restricción tan severa al devenir ordinario de la actividad del tutor. A juicio de este Centro Directivo, la adquisición de un bien inmueble se encuentra precisamente en esta situación.

Un primer argumento en apoyo de esta interpretación nos lo ofrece la evolución histórica del artículo 271.2.º Basta con contrastar el precepto con su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, para tomar conciencia de que el tenor del actual apartado 2.º carece de la amplitud de aquél. Mientras que en el texto ya derogado se exigía la autorización judicial para «celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción», en el actual se limita el juego del precepto únicamente a los contratos o actos «que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción». Se respondía con ello a una demanda doctrinal en el sentido de que la sustitución del requisito de la autorización del Consejo de Familia por el más complejo y difícil de obtener en la práctica de la autorización del Juez, obligaba a limitar ésta de forma exclusiva a los actos dispositivos.

Es más, hasta la regulación introducida por la Ley 13/1984, de 24 de octubre, inmediatamente anterior a la actual no se introdujeron en el artículo 272 del Código Civil dos supuestos tasados de actos de adquisición en los que se requería la autorización judicial: la realización de gastos extraordinarios en los bienes del tutelado y la aceptación de dinero a préstamo. Con la redacción vigente, los dos supuestos contemplados en el antiguo artículo 272 se han incorporado a los apartados 5.º y 8.º del artículo 271, sin

que se haya añadido ningún supuesto adicional de acto de adquisición en el que resulte necesaria la autorización judicial. En consecuencia, no es posible entender que el artículo 271.2.º se proyecte sobre los contratos de adquisición de bienes inmuebles ni, en general, sobre cualquier otro acto adquisitivo que suponga la aplicación de dinero del tutelado. La referencia contenida en el precepto a los actos y contratos «que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción» responde, simplemente, al hecho de que el legislador entiende que existe una serie de actos que, pese a no ser actos de enajenación o gravamen del patrimonio del tutelado *stricto sensu*, deben ser también considerados como actos dispositivos y merecen, por tanto, un trato similar. Es el caso del reconocimiento de derechos reales o de los negocios sobre el rango hipotecario.

Pero los argumentos a favor de la interpretación ahora mantenida van más allá de la propia redacción del precepto. La exigencia de la autorización judicial tiene como finalidad la defensa del patrimonio del tutelado frente a actos que pudieran ponerlo en peligro por su especial importancia. Pues bien, resulta evidente que si el legislador hubiera querido someter a autorización ciertos actos de adquisición no habría utilizado como criterio delimitador su acceso al Registro sino, en todo caso, su cuantía o relevancia. Si lo que supuestamente se persigue es proteger al tutelado frente a actos o contratos que pudieran atentar contra la integridad de su patrimonio, carece de sentido limitar la autorización judicial únicamente a los actos inscribibles y, en cambio, permitir sin ningún tipo de restricción la celebración de actos no inscribibles, en especial si se tiene en cuenta que ambos podrían tener un impacto equivalente sobre los bienes del menor.

Asimismo, es posible colegir en nuestro ordenamiento una clara intención en el sentido de dar libertad al tutor para realizar actos de inversión, intención que es posible identificar ya en la reforma operada por la Ley 13/1984 al desaparecer la exigencia de autorización del Consejo de Familia «para colocar el dinero sobrante de cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela». No existe dato alguno en la actual

redacción del artículo 271 que permita identificar un cambio de criterio al respecto, por lo que exigir autorización judicial para realizar actos de adquisición —salvo, claro está, los expresamente reconocidos—, atentaría frontalmente contra la mencionada intención.

A las razones anteriores hay que añadir que el propio artículo 271.2.º, al menos de forma explícita, excluye de la autorización judicial la adquisición de derechos de suscripción preferente de acciones. Es cierto que el precepto no reconoce esta posibilidad de forma expresa, limitándose a excluir la autorización judicial en los supuestos contrarios, es decir, los de venta de derechos de suscripción preferente; ahora bien, resultaría manifiestamente incongruente que el artículo 271.2.º excluyera la autorización judicial en los casos de enajenación de derechos de suscripción preferente y en cambio sí la exigiera cuando el tutor adquiriese estos derechos. En definitiva, se admite la compra de estos derechos sin autorización judicial y ello constituye una nueva muestra de la posibilidad de adquisición de bienes por parte del tutor sin dicha limitación.

Otro argumento a favor de esta interpretación nos lo ofrece la brevedad de los plazos para la realización de determinados actos de adquisición. Piénsese, por ejemplo, en los nueve días contemplados para el retracto de comuneros y colindantes (artículo 1524 del Código Civil) o en el mes previsto para el retracto de coherederos. Exigir en estos casos la autorización judicial haría prácticamente imposible el cumplimiento de tales plazos.

Finalmente, un último aval a favor de esta concepción del artículo 271.2.º lo encontramos en la potestad de que gozan los padres, en calidad de representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, de realizar sin autorización judicial actos de aplicación de dinero o de capitales de los sometidos a patria potestad en adquisición de bienes inmuebles, incluso cuando éstos se encuentren gravados. Este Centro Directivo ha admitido ya que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su pa-

tria potestad en la adquisición de bienes inmuebles, incluso cuando éstos se hallen gravados (Resoluciones de 2 de julio de 1931, 7 de julio de 1998 y 21 de febrero de 2004), a lo que hay que unir que el Tribunal Supremo ha considerado excluidos de autorización judicial determinados actos de disposición o de gravamen de dinero de los sometidos a patria potestad (Sentencia de 28 de noviembre de 1989). Ciertamente existen evidentes diferencias entre el régimen normativo de la tutela y el de la patria potestad. Sin embargo ello no impide identificar importantes similitudes entre ambas funciones protectoras que dotan a este último de un destacado valor heurístico para resolver la cuestión planteada en supuesto del presente recurso.

3. Por lo que se refiere a la calificación impugnada en cuanto considera la Registradora que constituye obstáculo a la inscripción solicitada el hecho de que no se acompañe «testimonio del Auto de nombramiento aunque se consignan sus circunstancias, por si de él pudieran resultar reglas específicas para el ejercicio de la tutela», se trata de una cuestión que debe resolverse según la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo que sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, resulta de la Resolución de 14 de septiembre de 2004 y de las demás citadas en los «Vistos» de la presente.

El apartado 1 del mencionado artículo 98 de la Ley 24/2001 establece que «En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera». Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 98 dispone que «La reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia

de éste con el contenido del título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, para entender válidamente cumplidos tales requisitos legales en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo con la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio de suficiencia notarial expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones que el Registrador no puede revisar la valoración que, en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001, el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno que hayan sido acreditadas. Y es que el apartado 2 de dicho artículo, al

referirse en el mismo plano a la narración de un hecho, cual es la constatación «reseña» de los datos de identificación del documento auténtico aportado, y a un juicio «valoración» sobre la suficiencia de la representación, revela la especial eficacia que se atribuye a esa aseveración notarial sobre la representación «harán fe suficiente, por sí solas de la representación acreditada», de modo que además de quedar dicha reseña bajo la fe pública notarial, se deriva de ese juicio de valor sobre la suficiencia de las facultades representativas una fuerte presunción iuris tantum de validez que será plenamente eficaz mientras no sea revisada judicialmente.

De este modo se equiparan el valor del juicio sobre la capacidad natural del otorgante con el del juicio de idoneidad o legitimación para intervenir en nombre ajeno *alieno nomine agere*, expresado en la forma prevenida en dicha norma legal, juicio este último que comprende la existencia y suficiencia del poder, así como, el ámbito de la representación legal u orgánica y, en su caso, la personalidad jurídica de la entidad representada.

Como ha recordado recientemente este Centro Directivo en la Resolución de 2 de diciembre de 2010, confirman la anterior conclusión los antecedentes legislativos y la redacción final del artículo 98 de la Ley 24/2001, después de la modificación efectuada por el artículo 34 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad, así como el criterio sostenido reiteradamente por esta Dirección General.

4. Examinado el título presentado en este caso, se observa en el mismo una especialidad consistente en que la reseña se efectúa de un testimonio de un Auto judicial. Y no puede negarse a tal documento el carácter de auténtico. Asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues en la misma se indica el tipo de resolución, el Juzgado del que proviene y su fecha. Cabe añadir, además, que en el presente caso no nos encontramos con una calificación de documentos judiciales sino, por el contrario, con la de un documento público notarial en el que se reseñan los datos identificativos de la resolución judicial. Además, se recoge la manifestación de la tutora relativa a

la vigencia de su cargo y al hecho de no haber variado la capacidad de la representada.

Ahora bien, en la escritura calificada falta ese juicio notarial sobre la suficiencia de las facultades representativas, expresado conforme a las mencionadas prescripciones legales, por lo que ante esta omisión el Registrador no sólo puede sino que debe calificarla como defecto que impide que dicho instrumento público produzca, por sí solo, los efectos que le son propios como título inscribible. Y, precisamente porque se trata de un requisito imprescindible del instrumento público (cfr. artículos 98 de la Ley 24/2001 y 166 del Reglamento Notarial), dicha omisión únicamente podrá subsanarse mediante un nuevo juicio notarial sobre la suficiencia

de las facultades representativas de que se trate (aparte la posibilidad de ratificación del negocio, en su caso).

Lo que ocurre es que el defecto que alega la Registradora no es el consistente en la ausencia de dicho juicio sobre la suficiencia de facultades representativas (omisión que, por lo demás, podría en su caso ser subsanada ex artículo 153 del Reglamento Notarial, y habrá de ser objeto de la pertinente calificación por parte del Registrador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento Hipotecario), sino que se limita a exigir que se acompañe testimonio del auto de nombramiento del representante, por lo que tampoco puede ser confirmada su calificación en cuanto este extremo.

SUCESIONES

No cabe denegar la inscripción de una escritura de transmisión de una participación indivisa de una finca sujeta a fideicomiso de residuo, ya que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que está al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación.

DGRN, Resolución de 22 de marzo de 2011

1. Procede en primer lugar descartar la extemporaneidad del recurso interpuesto, toda vez que no ha resultado acreditada la fecha de la recepción de la última notificación de la calificación negativa (cfr. Resoluciones de 23 de abril de 2005, 12 de enero de 2006, 3 de mayo de 2006, 15 de enero de 2009 y 2 de febrero de 2010). El Registrador en su informe, alega que el recurso se interpone fuera de plazo y menciona una serie de fechas que así lo aseveran, pero no aporta documento alguno que lo acredite. Procede, por tanto, entrar en el fondo de la cuestión.

2. Conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el objeto del presente recurso debe limitarse al único motivo de impugnación invocado en la calificación que ha sido recurrido, consistente en si cabe denegar la inscripción de una escritura de transmisión de una participación indivisa de una finca sujeta a fideicomiso

de residuo, por apreciar el Registrador que no se da la causa de necesidad que legitimaría la transmisión onerosa por parte de la fiduciaria, según consta en el Registro. Considera el Registrador en su nota que el fideicomiso de residuo únicamente facultaba a la fiduciaria para disponer en caso de necesidad y que dado que el precio de la compraventa queda aplazado por un plazo máximo de cinco años, no se entiende que en este caso haya podido producirse dicho caso de necesidad.

Pero independientemente de si puede considerarse acertada o no esa apreciación, tiene razón el recurrente, en que se trata de una cuestión que escapa de la calificación registral, entre otras razones, por el alto componente subjetivo que tiene la necesidad. En tal sentido, ya indicó este Centro directivo en su Resolución de 11 de julio de 2003 que «la Jurisprudencia

cia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro directivo, al tratar de esta facultad de disposición en caso de necesidad, tanto en el usufructo de disposición, como en la reserva de la facultad de disponer y en el fideicomiso de residuo han declarado (cfr. Sentencias y Resoluciones citadas en el “Vistos”) que la situación de necesidad a que queda supeditada la facultad de disponer es algo que queda al margen de la calificación del Registrador si dicha reserva no se sujetó a necesidad de justificación, no pudiendo exigirse tal justificación, que queda a la apreciación del heredero, sin otras limitaciones que las del dolo o el abuso, que tendrán que ser objeto de las acciones correspondientes y

que dentro del recurso gubernativo no es posible recoger ni ventilar». Y en el mismo sentido, la Resolución de 30 de abril de 1999 señaló que «La situación de necesidad a que queda supeditado el uso de tal facultad, es algo cuya apreciación queda al margen de la calificación del Registrador dados los términos en que se realizó dicha reserva, sin sujetarla a condición o necesidad de justificación alguna (cfr. Resoluciones de 29 de octubre de 1868, 15 de noviembre de 1876, 21 de agosto de 1894, 21 de marzo de 1901 y 19 de diciembre de 1905), sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda».

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

RÉGIMEN DE LOS GASTOS GENERADOS POR LA PROPIEDAD Y POSESIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Tanto la ocupación como la titularidad de la vivienda familiar van a generar sin duda una serie de gastos que pueden constituir unas partidas muy importantes en la economía familiar y que por tanto van a formar parte ineludible del litigio matrimonial. Aunque a veces el debate sólo se centra en el pago de las amortizaciones del préstamo hipotecario, otros gastos pasan desapercibidos, siendo conveniente que en el proceso matrimonial se regule el régimen de estos gastos, evitándose de ese modo incidentes posteriores para conocer, por ejemplo, quién debe abonar los gastos de la comunidad de propietarios o los impuestos que gravan la vivienda familiar.

1. GASTOS RELACIONADOS CON EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

¿Qué gastos se generarán con el uso del domicilio familiar? Por lo general, deberán incluirse los derivados de los suministros (luz, agua, gas, teléfono, etc.) y similares. No hay ninguna duda de que estos gastos deben ser soportados exclusivamente por el cónyuge o conviviente a quien se le ha atribuido el uso de la vivienda familiar sin posibilidad alguna de repercutir sobre el otro cónyuge o sobre el titular de la vivienda cantidad alguna, aunque bien es cierto que indirectamente el cónyuge no usuario abonará parte de ellos cuando venga obligado al pago de una pensión alimenticia o compensatoria. El artículo 233-23 del Código Civil de Cataluña expresamente regula esta cuestión señalando que los gastos de suministros corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.

Para el caso de que se haya acordado la custodia compartida permaneciendo los hijos en el domicilio familiar y alternándose en el uso cada uno de los progenitores, la solución jurídica debe ser distinta, y como la vivienda forma parte del concepto de habitación que integra los alimentos, posiblemente el abono de los suministros deba ser en función de la capacidad económica de cada uno de los progenitores.

2. GASTOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Hoy día es más frecuente de lo habitual que, cuando nos enfrentamos a una crisis de pareja, junto a los cónyuges o convivientes y los hijos aparezca una magnífica hipoteca que incluso haga pensar que el inmueble es más bien propiedad de la entidad crediticia que de los cónyuges. Además de la hipoteca, la titularidad del inmueble motivará que deban abo-

narse otros gastos como impuestos, cuotas ordinarias y extraordinarias de la comunidad de propietarios, seguros, etc.

2.a) Hipoteca

La primera matización que debemos efectuar es que si la vivienda familiar pertenece con carácter privativo exclusivamente a alguno de los cónyuges, tanto sea el cónyuge al que se le atribuyó el uso de la vivienda como al que se excluyó de su uso, la obligación de abonar las cuotas del préstamo hipotecario recaerían exclusivamente sobre el cónyuge titular, dado que ninguna norma legal puede obligar al no titular a abonar cantidad alguna del precio de la vivienda. En este sentido el artículo 233-23 del Código Civil de Cataluña señala que «las obligaciones contraídas en razón a su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución».

Si la vivienda pertenece a los cónyuges o convivientes en *pro indiviso* o a la sociedad de gananciales, legalmente corresponde a cada cónyuge, en proporción a las cuotas que posean del inmueble, hacer frente al pago del préstamo hipotecario, y en el caso de la sociedad de gananciales por mitad entre ambos cónyuges. Hasta ahora, numerosas resoluciones judiciales distinguían quién debe responder legalmente del préstamo hipotecario (para lo cual habrá que estar al contenido de la escritura de hipoteca) y atendiendo a las circunstancias que concurren, quién pueda resultar obligado al pago en el procedimiento matrimonial. Es decir, frente a terceros siempre responderían los titulares del inmueble en la cuota que les corresponda, pero internamente era posible que se modificase el porcentaje de contribución al pago del capital e intereses pendientes de amortización, sin perjuicio, claro está, de los derechos de reintegros que posteriormente tengan lugar en el momento de liquidar la sociedad de gananciales o de la división de la cosa común. Decimos hasta ahora, porque la STS de 28 de marzo de 2011 ha puesto fin a las controversias que mantenían los distintos tribunales en cuanto a si podía o no incluirse dentro del pronunciamiento de la sentencia de separación o divorcio la obligación de uno de los cónyuges de abonar en solitario el pago de la hipoteca en razón de sus mayores ingresos, sentando nuestro alto tribunal la siguiente doctrina: «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 artículo 1362.2.º CC, por lo que su pago debe hacerse por mitad y no en función de los ingresos que tengan los cónyuges». Teniendo en cuenta que se trataba de un recurso en interés casacional por existencia de doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales la cuestión ha quedado zanjada definitivamente y huelgan más comentarios en torno a esta cuestión.

2.b) Cuotas de la comunidad de propietarios

Respecto a las cuotas de la comunidad de propietarios hasta ahora el criterio mayoritario entre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales era aplicar un régimen distinto dependiendo de si se trataba de cuotas ordinarias o extraordinarias, haciendo recaer las primeras sobre el cónyuge o conviviente que tiene atribuido el uso de la vivienda y sobre los propietarios, en la proporción que proceda, las cuotas extraordinarias. Sin embargo, el

Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en materia de liquidación de sociedad de gananciales, en sus Sentencias de 20 de junio de 2006 y de 25 de mayo de 2005 vino a establecer que el pago de las cuotas de la comunidad recae sobre los titulares de la vivienda, en este caso sobre ambos cónyuges integrantes de la sociedad de gananciales, aunque sólo uno de ellos ocupe la vivienda. Ahora bien, en la STS de 28 de marzo de 2011 indicó nuestro alto tribunal que «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 de noviembre de 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. Esta solución ha sido también adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil de Cataluña, que modifica el artículo 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 artículo 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». Del texto parece deducirse que el Tribunal Supremo comparte la tesis de que los gastos de comunidad son a cargo del cónyuge usuario, pero resulta que la STS de 5 de noviembre de 2008 que se menciona (al menos la que aparece en la base de datos del CENDOJ) no contiene la más mínima referencia a esta cuestión, es más, ni siquiera contiene el término Comunidad de propietarios, con lo cual no podemos llegar a una conclusión clara del criterio que mantiene el Tribunal Supremo.

En las resoluciones de las Audiencias Provinciales encontramos partidarios de una y otra tesis:

Cuando se trata de cuotas ordinarias de la Comunidad de Propietarios corresponde satisfacer su importe a quien se beneficia directamente de los servicios o los utiliza, independientemente de que la propiedad sea de ambos litigantes. Cuestión diferente son los gastos derivados de derramas extraordinarias o similares que serán de cargo de los propietarios. AP Cádiz, Sec. 5.^a, Sentencia de 6 de julio de 2010.

Los suministros medidos por aparatos contadores han de abonarse obviamente por quien usa la vivienda, respecto de los gastos de comunidad, seguros y el IBI, nuestro Tribunal Supremo ha sido claro al señalar que su abono corresponde a ambos cónyuges.

ges, con independencia de quién utilice la vivienda. AP Asturias, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de enero de 2010.

Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso, que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en el mismo sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario, bajo la cobertura del artículo 504 del CC, en relación con el 500 del mismo cuerpo legal, dentro del concepto de contribuciones que recaigan sobre los frutos o utilidades. AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de enero de 2010.

Se revoca el pronunciamiento de que las cuotas comunitarias sean abonadas sólo por esposa al tratarse de un gravamen impuesto no por razón del uso del inmueble sino por razón del derecho de propiedad sobre el mismo. AP Málaga, Sec. 6.^a, Sentencia de 13 de febrero de 2009.

Los gastos de la Comunidad de vecinos que podemos denominar ordinarios, son de cargo de la esposa por tratarse de gastos que sólo el uso del inmueble genera sobre los gastos comunes del edificio, y viene a suponer una contraprestación al uso que del mismo se le ha atribuido y ello, pese a tratarse de una obligación que el artículo 16 de la LPH pone a cargo del propietario del inmueble. AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 6 de junio de 2008.

El Código Civil de Cataluña ha resuelto la cuestión al señalar en su artículo 233-23 que «Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso».

2.c) Impuestos

En cuanto a los impuestos que recaen sobre el inmueble —básicamente el IBI— el criterio mayoritario es que sean abonados por los titulares en la proporción que corresponda. La sentencia citada anteriormente del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 también señaló que el pago del IBI debe hacerse por partes iguales si el inmueble pertenece a la sociedad de gananciales. El legislador catalán en cambio ha hecho recaer sobre el cónyuge usuario del inmueble el pago de los tributos y tasas de devengo anual que recaigan sobre la vivienda (artículo 233-23.2 del Código Civil de Cataluña).

CASOS PRÁCTICOS

I. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Constante el matrimonio se adquirió por matrimonio una serie de acciones que se pusieron a nombre de un hijo. Al llegar el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el padre pretende que se incluyan en el activo dichas acciones, pues el hijo convive con la madre y casi no tiene relación con él. ¿Es posible la inclusión de estas acciones teniendo en cuenta que el hijo nunca ha trabajado ni ha tenido ingresos?

No, la puesta a nombre de un hijo de unas acciones conforma el negocio jurídico de la donación y por tanto conforme a lo indicado en el artículo 609 del CC el hijo adquirió su propiedad. Como en la donación hubo consentimiento de ambos cónyuges estaríamos en el caso previsto en el artículo 1378 del CC («Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso»), por lo que la donación es válida.

II. PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija mayor de edad está realizando un curso en el extranjero y en el convenio regulador se pactó que dicho gasto se abonaría por mitad entre los progenitores. Ahora bien, ¿durante el tiempo que la hija permanece en el extranjero está obligado el padre a abonar a la madre la pensión alimenticia que se fijó a favor de la hija?

La cuestión jurídica planteada deberá resolverse en función de lo que conste en el convenio regulador y, si nada se expresa en tal sentido, el padre deberá seguir abonando la pensión alimenticia. Además, hay que tener en cuenta que el coste del curso en el extranjero, aunque incluye gastos de alojamiento y alimentación aparte de los meramente educativos, no abarca todas las necesidades a las que se refiere el artículo 142 del CC.

III. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Constante el matrimonio se adquirió por el sistema de cooperativa un inmueble abonándose su importe en su integridad. Fallecido el esposo llega el momento del otorgamiento de la escritura pública que se efectúa exclusivamente a nombre de la esposa con carácter privativo. En la liquidación de la sociedad de gananciales, los hijos pretenden que se incluya en el activo dicho inmueble a lo que se opone la madre. ¿Quién lleva razón?

Para determinar el carácter ganancial o privativo del inmueble habrá que estar al momento de la perfección de la compraventa que en este caso fue constante el matrimonio y por tanto tiene carácter ganancial, siendo indiferente la fecha en la que se otorgó la escritura.

IV. CUESTIONES PROCESALES

¿Puede inadmitirse a trámite una demanda de divorcio en la que ambos cón-

yuges son extranjeros por no presentarse junto con aquélla el derecho extranjero aplicable?

No. Como la ley aplicable es un hecho a acreditar, será el momento de la fase probatoria el adecuado para conseguir dicha prueba. Además el tribunal tiene la obligación de colaborar con la parte en la localización de las normas jurídicas extranjeras aplicables en función de la nacionalidad de los cónyuges.

V. VIVIENDA FAMILIAR

¿A quién corresponde el uso de la vivienda familiar cuando se concede la custodia compartida?

La primera cuestión que habrá que analizar es la legislación aplicable. Si se aplica el Código Civil en el artículo 96 no se establece ninguna norma específica al respecto, y por tanto lo razonable será atribuirlo al progenitor cuyo interés sea más necesitado de protección. En el caso de las legislaciones autonómicas, por lo general siguen también este criterio, si bien establecen la matización de que dicho uso será siempre temporal, y que no procederá cuando la vivienda sea privativa y el otro cónyuge tenga a su disposición algún inmueble.

VI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ante el incumplimiento del régimen de visitas, el padre presentó demanda de ejecución solicitando que se requiriese a la madre y así lo acordó el Juzgado en el auto despachando ejecución. La madre se opuso, pero dicha oposición fue desestimada. El padre presentó un escrito solicitando que se le impusiese una multa a la madre al acreditarse dicho incumplimiento. ¿Puede accederse a esta petición?

Entienden algunos tribunales que la sanción pecuniaria ante el incumplimiento del

régimen de visitas debe ser solicitada por la parte ejecutante en su escrito de demanda. Sin embargo, el artículo 709.2 de la LEC, al que se remite el artículo 776 del mismo cuerpo legal, preceptúa que «Si se acordase seguir adelante la ejecución..., en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa».

VII. CUESTIONES PROCESALES

¿Son competentes los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio de un matrimonio de chilenos cuando únicamente reside en nuestro país el esposo que es quien interpone la demanda, residiendo tanto los hijos como la esposa en Chile?

No. En función de la nacionalidad de los cónyuges no resulta de aplicación el Reglamento Comunitario 2201/2003, del Consejo, sino el artículo 22 de la LOPJ, según el cual los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: «cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro».

VIII. PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Vincula al obligado al pago hacer una actualización de la pensión por cuantía superior al índice de actualización fijado en el convenio regulador?

Si ello se ha hecho de forma puntual no puede considerarse de aplicación la doctrina de los actos propios y por tanto procederá actualizar la pensión conforme a los índices que se pactaron en el convenio. Si la actualización distinta a lo pactado se ha

ido consolidando con el tiempo hay que entender que se ha producido *de facto* una modificación de la aplicación de la cláusula de actualización.

IX. RÉGIMEN DE VISITAS

En vista de que la madre entregaba al niño sin que llevase la ropa de calle y los efectos personales del menor, el padre se plantea solicitar al juzgado que se requiera a la madre para que los entregue al inicio de cada régimen de visitas o que se le permita la posibilidad de compensar su adquisición con la pensión alimenticia. ¿Es viable esta pretensión?

Como vemos se trata de una petición que debe incardinarse dentro de los trámites de ejecución de sentencia y, por tanto, habrá que estar al contenido del título ejecutivo que es la sentencia o el auto de medidas. Si nada se indica en dicha resolución la pretensión del padre estará abocada al fracaso, pues no se puede ejecutar algo que no se incluye dentro del título ejecutivo.

X. PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Es adecuado fijar que el esposo seguirá abonando la pensión compensatoria «hasta que la mujer trabaje de forma estable y perciba ingresos netos superiores al SMI o tenga derecho a una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social»?

Entendemos que no, dado que es una restricción injustificada de las previsiones del artículo 101 del Código Civil, en cuanto a las circunstancias determinantes del cese de dicha pensión.

XI. GUARDA Y CUSTODIA

La madre, a quien se le ha otorgado la custodia, tiene pensado trasladarse a re-

sidir a la ciudad donde tiene su domicilio su actual pareja y donde ha encontrado una oferta de trabajo, dándose la circunstancia de que el padre lleva varios meses sin abonar la pensión alimenticia. ¿Qué consejo podemos dar al cliente? ¿Notificar al padre tal circunstancia cuando ya se haya producido el cambio de residencia? ¿Notificarlo al padre con antelación a realizar el cambio? ¿Pedir autorización al juzgado para el cambio de residencia antes del traslado?

Teniendo en cuenta que el cambio de residencia supone una modificación de las medidas, pues la menor va a cambiar de domicilio y el régimen de visitas, dada la distancia existente entre ambas ciudades no podrá cumplirse en sus propios términos ya que contempla visitas intersemanales y fines de semana, en principio, lo más razonable será solicitar la modificación de medidas. No obstante, vemos en la práctica que en muchas ocasiones se produce el traslado sin que previamente se haya pronunciado el juez sobre el cambio, y en ocasiones ello se ve desfavorablemente y motiva el regreso del menor a su anterior domicilio, aunque suele respetarse el curso escolar. Debe reconocerse que la decisión unilateral de cambiar de domicilio tiene cierto riesgo y será siempre el cliente quien debe tomar la decisión final. En ocasiones ha sido una solución idónea solicitar por vía del artículo 156 del CC que el juez otorgue a uno de los progenitores la facultad de decidir sobre el cambio de domicilio del menor.

XII. VIVIENDA FAMILIAR

¿La atribución del uso de la vivienda familiar se extiende también a otras dependencias como garajes y trasteros?

Los garajes y trasteros son elementos útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar y son complementos de

la vivienda familiar, al proporcionar utilidad y comodidad a sus miembros; de ahí que su atribución se encuentre vinculada a aquélla cuando son dependencias inherentes, complementarias o anexo de ellas. No obstante, diferente consideración debe hacerse cuando la plaza de garaje está en finca diferente y alejada de la vivienda.

XIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

¿Puede el juez denegar la aprobación de un convenio regulador en el que se incluye la liquidación de la sociedad de gananciales por entender que las valoraciones de bienes que se contienen en aquélla no se ajustan a la realidad?

No. Debe homologarse el convenio regulador en su integridad no pudiendo el Juez cuestionar la valoración de los bienes que se contienen en la liquidación de gananciales, pues ésta no es contraria a la ley, la moral ni al orden público.

XIV. PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija compatibiliza los estudios con un trabajo a tiempo parcial por el que percibe unos ingresos netos de 413 euros. ¿Existe causa para la extinción de la pensión alimenticia?

Aunque en la jurisprudencia se pueden encontrar resoluciones en un sentido y otro, el criterio mayoritario se inclina por no extinguir, de momento, la pensión alimenticia, pues los ingresos son insuficientes para permitir la independencia económica y sólo suponen un complemento para poder atender sus necesidades mientras continúa su labor formativa. En función de la capacidad económica de los padres, posiblemente la solución jurídica pase por reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

XV. RÉGIMEN DE VISITAS

Tras la finalización del régimen de visitas, el padre se persona en el domicilio de la madre y se niega a entregar a la menor a otra persona que no sea aquélla. ¿Es admisible jurídicamente esta postura?

Puesto que la sentencia no establece de modo expreso y terminante la necesidad de que la madre se encuentre presente al momento de la entrega de la menor, se comprende que resulta factible la entrega a cualquier persona del entorno familiar y personal que se encuentre en el domicilio de la madre.

XVI. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo, al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, renunció a sus derechos en la vivienda familiar, en compensación a los gastos que la esposa asumió en solitario desde que surgió la crisis de pareja. Con el tiempo, pide la nulidad de la escritura de capitulaciones por entender que aquella renuncia careció de causa pues no se acreditó la realidad de la deuda. La esposa acreditó que abonó en solitario gran parte de las cuotas del préstamo hipotecario y que el esposo se desentendió de las necesidades familiares. ¿Puede estimarse su pretensión?

No, dado que lo que subyace de las capitulaciones matrimoniales es la voluntad del esposo de que la totalidad de la vivienda se adjudique a la esposa en compensación a su falta de atención de las necesidades familiares, por lo que no puede declararse que no existió causa en la renuncia, pues ésta es lícita, aunque no se haya cuantificado la deuda.

XVII. PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Es un obstáculo para su fijación que en la demanda se hiciese una pensión global en concepto de contribución al levan-

tamiento de las cargas del matrimonio, pensión alimenticia de los hijos y pensión compensatoria?

Aunque esta petición global no se corresponde con una depurada o correcta técnica jurídica, que, en general, exigiría de la parte realizar el esfuerzo de desglosar su importe en las correspondientes partidas, no puede denegarse la pensión, si bien, su cuantía, en relación con la pensión alimenticia, deberá respetar el límite solicitado en la demanda.

XVIII. PENSIÓN COMPENSATORIA

La esposa, que carece de trabajo y nunca lo tuvo durante la convivencia matrimonial, está percibiendo una determinada cantidad al amparo de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas de dependencia, por cuidar a su hermano que sufrió un accidente de circulación a consecuencia del cual se le declaró una gran invalidez. ¿Puede esta circunstancia influir en la concesión de una pensión compensatoria?

Desde nuestra opinión entendemos que no, pues se trata de una prestación económica que, por un lado, apenas compensaría la dedicación al cuidado de su hermano, dado el consiguiente sacrificio personal, y, por otro lado, aumentaría las dificultades de formación y de acceso al mercado laboral en unas condiciones de asegurarle una efectiva independencia económica.

XIX. VIVIENDA FAMILIAR

¿Puede señalarse una limitación temporal al uso de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad?

Sin perjuicio de la regulación que en determinadas legislaciones autonómicas se contiene en materia de atribución de uso de la vivienda familiar, cuando es de aplica-

ción el artículo 96 del CC no puede fijarse *a priori* ninguna limitación temporal al no poderse saber de antemano cuándo van a cesar las necesidades de los hijos respecto de la vivienda. En este sentido son muy taxativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 14 de abril de 2011.

XX. RÉGIMEN DE VISITAS

¿La condena al esposo por un delito de maltrato hacia la mujer puede llevar aparejada automáticamente la suspensión del régimen de visitas?

Aunque ha existido alguna iniciativa legislativa en este sentido, con la legislación actual no puede de forma automática suspender la relación de los hijos con el padre aunque éste haya sido condenado por un delito de violencia doméstica. Los Juzgados y Tribunales entienden que debe analizarse caso por caso para suspender o regular la relación paterno-filial, siendo determinante a estos efectos si los episodios de maltrato se han extendido a las relaciones del padre con los menores, y si éstos han presenciado los hechos.

XXI. PENSIÓN ALIMENTICIA

El Ministerio Fiscal se opone a la cláusula en virtud de la cual los progenitores acuerdan que, en función del régimen de guarda y custodia compartida, cada uno de los progenitores asumirá los gastos generados por el día a día en sus domicilios respectivos, con independencia del tiempo que pasen en él las niñas. ¿Tiene base jurídica la oposición?

Entendemos que no, ya que tal contribución alimenticia no resultaría contradictoria ni infringe los principios comprendidos en el Código Civil. Nos encontramos con un sistema de contribución a los alimentos de los hijos que se acomoda al régimen de

guarda y custodia compartida asumido por los progenitores y que, sin duda, es el resultado del interés y preocupación de éstos en orden a procurar a sus hijos el mayor beneficio y estabilidad, como consecuencia del cese de la convivencia matrimonial. No resultará necesaria entonces la fijación de una concreta cantidad con cargo a uno y otro progenitor, por cuanto a través del sistema pactado, el interés de los menores se encuentra garantizado.

XXII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales se construyó una vivienda en

terreno propiedad privativa del esposo. Llegado el momento de la liquidación de la sociedad, ¿qué debe incluirse en el activo de la sociedad?

En principio, parece que procede incluir el valor actualizado que haya tenido el terreno como consecuencia de la edificación, si bien habrá que estar a lo que decida el esposo dado que el artículo 361 del CC le reconoce el derecho a optar entre hacer suya la obra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. Dependiendo de esta opción así deberá configurarse el activo y en su caso el pasivo de la sociedad.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y LAS MALAS RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de Familia y sucesiones.
Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera*

Uno de los motivos por los que nuestra doctrina jurisprudencial deniega la petición de guarda y custodia compartida efectuada en el marco de un proceso judicial es, precisamente, la conflictividad entre los progenitores, la ausencia de buenas relaciones entre ellos, que se presenta, en la práctica forense, como un obstáculo insalvable. En este sentido, puede afirmarse, sin temor a error, que una premisa indispensable para la concesión de esta medida familiar se configura como la necesidad de que los progenitores logren superar sus diferencias personales y actúen con relación, y frente a los hijos, con un altísimo grado de consenso, ya que la buena y armónica relación entre los que un día fueron cónyuges no sólo es un presupuesto legal, sino que se convierte en la base, en el fundamento para el éxito de esta fórmula. Con la ausencia de acuerdo entre los progenitores, el sistema de la guarda y custodia compartida presenta unas muy elevadas probabilidades de inestabilidad en el tiempo, así como cuenta con muchas probabilidades de convertirse en fuente y origen de nuevos problemas entre los progenitores, problemas que, al fin y al cabo, repercutirán, de forma negativa, en los hijos.

Nuestros Juzgados y Tribunales se muestran contrarios a la concesión de la guarda y custodia compartida ante situaciones verificadas de conflictividad clara entre los padres y su relación con los intereses que están en juego.

En consecuencia, una relación conflictiva entre los progenitores no se compadece con una custodia compartida, si bien habría que matizar los diversos grados y niveles de intensidad que esa conflictividad, esas malas relaciones presentan. En cualquier caso, en la práctica forense, sea cual sea la intensidad de esa mala relación, se convierte, por lo general, en un obstáculo prácticamente insalvable, al impedir, de hecho, una actitud común, un proyecto armónico y coherente, que se considera esencial de cara a la educación y formación integral de los hijos y al mejor desenvolvimiento y desarrollo de su personalidad. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que los hijos han de vivir en un marco adecuado de cara a su futuro, lo que exige, indudablemente, que entre sus progenitores exista, al menos, a pesar de la ruptura, una relación viable entre ellos, que está fundamentada en el respeto y en la colaboración mutua, anteponiendo sus propias diferencias personales al interés, beneficio y bienestar de su prole, en aras del principio que ha de regir en materia de Derecho de Familia, y que se denomina del *favor filii*.

Una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León, el 22 de febrero de 2008 declaró que «mediante la custodia compartida, los hijos mantienen la misma relación afec-

tiva con ambos progenitores y crecen según un único y común proyecto educativo, lo que, sin duda, evidencia la absoluta necesidad de un elevado nivel de comunicación fluida, madurez y comprensión recíprocos entre los progenitores; en definitiva, un imprescindible espíritu de máxima y constante colaboración, de tal modo que este modelo de régimen de guarda y custodia debe ser completamente excluido en aquellas rupturas de parejas caracterizadas por la existencia de cierto grado de conflictividad y disparidad de criterios entre sus ex integrantes. Claro lo anterior, es, pues, comprensible que la necesaria concurrencia de tan fundamentales e infrecuentes premisas provoque que sean escasos los pronunciamientos judiciales sobre atribución del sistema de custodia compartida de los hijos a ambos progenitores en los procedimientos de ruptura matrimonial».

Efectivamente, son muchos los supuestos, en la práctica forense, en los que se habla abiertamente de una situación de confrontación, de disputa, de desavenencias entre los progenitores, incluso de relaciones «patológicas», en las que lo único que se busca es lastimar al otro, ofender, humillar y/o despreciar un ex cónyuge al otro. Se trata de relaciones en las que la flexibilidad, la capacidad de diálogo, de entendimiento, de comprensión, y las vías para lograr un acuerdo, han quedado rotas de forma tajante, rotunda, y, de esta forma, se ha generado un clima de abierta hostilidad entre los progenitores. Estas situaciones, que suelen ser frecuentes, no son las más adecuadas, las más propicias para la petición de custodia compartida de la prole y, cuando se solicita su concesión, suele ser rechazada por los Juzgados y Tribunales en nuestro país. Hay que tener en cuenta que el mantenimiento de una buena relación entre los progenitores resulta determinante para poder establecer este tipo de custodia, y se suele denegar, asimismo, cuando, en el propio desarrollo y ejecución del régimen de visitas, han surgido discrepancias relevantes, aunque entre los progenitores no existiera encono, tal como afirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de noviembre de 2006.

Otras resoluciones judiciales han puesto de manifiesto que el régimen de custodia compartida produciría una continua fuente de conflictos para los hijos, dadas las desavenencias y enfrentamientos existentes entre los progenitores, tal como estimó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de marzo de 2006.

Evidentemente, cuando no hay entendimiento entre los progenitores, no puede, a un tiempo, existir un proyecto educativo común para la prole. A menudo, se observa, en la práctica forense, que los progenitores no se ponen de acuerdo en relación con ningún extremo que afecte directa e inmediatamente a sus hijos —como tampoco están de acuerdo en ninguna otra cuestión familiar—. En esta situación, difícilmente se van a incorporar unas pautas educativas adecuadas, quebrándose, así, la labor que los progenitores deben siempre conservar en cuanto a ser no sólo padres, sino también educadores, rol este que, a todas luces, debe ser asumido de cara a sus hijos menores de edad. Cuando las malas relaciones impiden el diálogo y la necesidad de establecer unas líneas orientativas en relación con los intereses educacionales de los hijos, serán éstos, al fin y al cabo, los que resulten perjudicados, pues fácilmente los progenitores antepondrán sus propias divergencias y sus dosis de intransigencia con respecto al otro al beneficio de aquéllos. En este sentido, cabe afirmar que la custodia compartida no se revela como la medida familiar más beneficiosa para los menores, en tanto los progenitores no sepan alcanzar un entendimiento mínimo entre ellos. Interesante es, a este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2007, al requerir, para el establecimiento de la custodia compartida, unas

condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar de los progenitores, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, que estaban ausentes, al priorizar el conflicto entre ellos frente al interés de los menores. La Sentencia puso de relieve que la concesión de la custodia compartida suponía e implicaba un grado de responsabilidad máxima de los progenitores, proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo, en condiciones tales de confianza y entendimiento que permitan un marco referencial de afinidad para éste, presupuesto básico inexistente a la vista del conflicto y de la relación de contradicción resuelta en la contienda judicial.

En definitiva, cuando los progenitores mantienen, entre ellos, unas relaciones de discordia, de continuos enfrentamientos y discusiones, sin que exista una voluntad común para ponerse de acuerdo en las cuestiones relativas a los aspectos que implica la relación familiar, mal, obviamente, podrán instaurar, de común acuerdo, una régimen y unas pautas referenciales comunes, armónicas y equilibradas para su prole. Es evidente que los hijos no deberían sufrir las consecuencias, perjudiciales, de la separación y/o del divorcio de sus padres. Si a ello añadimos que la custodia compartida, en estos supuestos de alta conflictividad existente entre los progenitores, incide negativamente en la estabilidad emocional de los menores, hay que reconocer que este régimen alternado no beneficia, en ninguna medida que sea mínimamente apreciable, a la estabilidad y al desarrollo integral de la personalidad de los hijos. A los hijos hay que ofrecerles un ambiente estable, apacible, en el que las discusiones, descalificaciones y enconos entre los progenitores no estén presentes. En la custodia compartida, todos estos enfrentamientos son más frecuentes, ya que ambos progenitores han de tomar decisiones conjuntas, de peso, importantes —a veces, trascendentales, como, por ejemplo, en el supuesto de una intervención quirúrgica de riesgo a un menor— que, más tarde, han de influir en la vida de los menores, y mal podrán tomarse decisiones, en los órdenes educativo, sanitario, formativo, etc., cuando los propios progenitores no se ponen de acuerdo en ninguna cuestión y el grado de conflictividad que preside sus vidas es prioritario al propio bienestar de su prole. Se trata, como fácilmente se comprende, de supuestos de relaciones que podríamos denominar como «patológicas», que afectan no sólo a la esfera personal, privada de los progenitores, sino que inciden en su condición de padres y educadores, tal como resaltó, con gran acierto, una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de febrero de 2008.

De lo que se trata, al no conceder este régimen familiar, es de evitar que el desencuentro personal, afectivo, de los progenitores incida negativamente en la vida del hijo, evitando que pueda también éste naufragar, de manera estrepitosa, en el marco de la relación conflictiva y abiertamente inestable de sus progenitores, al ser, precisamente, los hijos menores los que sufren, con mayor vehemencia, el conflicto y la ruptura de sus padres, al no estar aún conformada, de manera plena, su personalidad.

Un factor indicativo para denegar la custodia compartida viene configurado por los propios incumplimientos del régimen de visitas que, antes de la petición de custodia compartida, hayan tenido lugar, lo que puede estimar, claramente, como un indicio de la falta de acuerdo en común de los progenitores para solventar sus diferencias personales en un marco en el que el hijo no quede aún más perjudicado.

Por todo ello, a la vista de los planteamientos realizados, hay que poner de relieve, e insistir de nuevo, en que el alto grado de conflictividad entre los progenitores no favorece

la concesión de la custodia compartida, ni es conveniente este régimen familiar para los hijos en el contexto de ese ámbito de permanentes enfrentamientos y disputas, al no estar encauzado el comportamiento de los padres en el sentido de postergar sus rencillas personales en aras del bienestar del hijo.

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

**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

PATRIA POTESTAD

Se despacha ejecución contra la madre por incumplimiento de la obligación de comunicar al padre la fecha de la primera comunión sin que pueda escudarse en el conocimiento derivado del contacto del padre con las hijas comunes.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 31 de mayo de 2011.

GUARDA Y CUSTODIA

Al afectar al interés de los hijos las malas relaciones de los progenitores no se acuerda la custodia compartida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de julio de 2011.

Las Sentencias de las Audiencias Provinciales que se alegan para fundamentar el recurso de casación y solicitar que se acuerde la custodia compartida han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento y, por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de julio de 2011.

En atención a que el menor tiene dos años de edad y atendiendo a la prueba pericial practicada resulta más conveniente la custodia individual y no la compartida como acordó la Audiencia Provincial. Por otro lado, no debe establecer la custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

TSJ de Aragón, Sentencia de 13 de julio de 2011.

Se anula por segunda vez, por falta de motivación, la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la custodia compartida, acordando el Tribunal Supremo confirmar la sentencia del Juzgado que estableció este modelo de custodia, señalando que la redacción del artículo 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario debería considerarse la más normal.

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

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.

Se deja sin efecto la custodia compartida por los continuos enfrentamientos entre los progenitores que han provocado varios incidentes en ejecución de tal régimen. Según el informe psicosocial ambos progenitores están capacitados individualmente para el ejercicio de la custodia, pero no han sido capaces de colaborar para llevar a cabo la custodia compartida, pues reconocen la ausencia de diálogo y los continuos conflictos por cuestiones cotidianas, responsabilizándose mutuamente de ello. Los menores, tras más de un año de alternancia en la convivencia con sus padres, valoran negativamente esta custodia por los conflictos entre los padres.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de abril de 2011.

Habiéndose pactado en el convenio regulador la custodia para la madre, la circunstancia de que la menor haya cumplido ya los seis años no es motivo para acordar la custodia compartida.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011.

Se acuerda el cambio de custodia a favor del padre al observar el informe psicosocial un nivel bajo de iniciativa y un comportamiento más ansioso e infantilizado del menor, que responde de forma variable a las interacciones promovidas por la madre.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011.

Se otorga la custodia a la madre ya que ha sido quien se ha venido ocupando de los dos hijos del matrimonio menores de edad, no sólo durante el matrimonio sino también tras la separación de hecho. La prueba documental ha puesto de relieve que fue la madre quien solicitó excedencia de un año para el cuidado de sus hijos y permisos especiales en su trabajo para atenderlos debidamente por temas varios de enfermedad o no tener quien pudiera en esos momentos hacerse cargo de ellos ante eventualidades varias. Consideramos que el régimen de guarda y custodia de los hijos debe constituir una proyección del seguido con anterioridad a la crisis matrimonial.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de abril de 2011.

No cabe el establecimiento de una guarda y custodia conjunta, como hace la sentencia recurrida, ya que, hoy por hoy, y *de lege data*, el informe favorable del Ministerio Fiscal a la guarda y custodia compartida solicitada por uno solo de los cónyuges constituye requisito indispensable para su concesión y su ausencia impide entrar a valorar su conveniencia como sistema de protección de los intereses de los menores.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de abril de 2011.

RÉGIMEN DE VISITAS

Ha quedado acreditado en autos que la madre está convencida de que la relación paterno-filial perjudica al menor, que lo único que persigue es suspenderla, transmitiendo a aquél una imagen muy negativa de su padre. Ante ello se acuerda la ampliación del régimen de visitas para que el menor esté menos tiempo con la madre, de tal forma que tres fines de semana estará con el padre y uno con la madre.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 29 de abril de 2011.

No hay motivo alguno que aconseje que los hijos pernocten la noche del domingo al lunes con el padre, ni que lo hagan también la noche del martes al miércoles, porque los menores requieren una rutina en su medio habitual, que exige que acudan al colegio desde el domicilio en que residen habitualmente, máxime cuando el autobús escolar no tiene parada en las cercanías de la vivienda del padre que tendría que llevarlos en taxi hasta ésta.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de abril de 2011.

No procede restringir el régimen de visitas de las hijas de 8 y 11 años dado que los episodios de maltrato no se acredita que se hayan extendido a las relaciones con las menores. Por otro lado, no puede descargarse sobre unas menores de tan corta edad la decisión sobre cuál ha de ser el régimen de estancias con el padre.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de abril de 2011.

Dada la adicción al alcohol y a la cocaína del padre, el régimen de visitas tutelado quedará sin efecto cuando cierre el Punto de Encuentro.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de abril de 2011.

Teniendo en cuenta los problemas psíquicos que padece el menor que han motivado su internamiento y acreditado que el padre no colabora en que aquél tome la medicación, produce dejar en suspenso el régimen de visitas hasta tanto no se estabilice la situación mental del menor.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de abril de 2011.

No se ha acreditado en modo alguno la inconveniencia de las pernoctas intersemanales en lo que al interés de las menores se refiere, por lo que deben fijarse los lunes y miércoles que son suficientes y acordes con los intereses de los padres y con el principio de *favor filii*.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de abril de 2011.

Madre e hija reconocen que su relación es mala por lo que ha de tenerse en cuenta que es muy difícil, por no decir imposible, obligar a una menor de esta edad a vivir o ver a uno u otro de los progenitores si ella no está dispuesta a ello y ni los padres pueden imponerle esta obligación. La menor, que contaba con 13 años en la fecha de la exploración judicial, tenía edad suficiente para mostrar un criterio personal, sin que la parte apelante haya acreditado la pretendida manipulación paterna.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de abril de 2011.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

El Tribunal Supremo deja sin efecto la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar acordada por la Audiencia Provincial, aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada en cuanto a que no cabe limitación alguna cuando existen hijos menores.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de junio de 2011.

Dentro de la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque sea privativa del esposo, se incluyen el garaje y el trastero.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2011.

Si la pensión compensatoria se extingue por la convivencia de su beneficiaria con un tercero, también debe extinguirse la atribución del uso de la vivienda familiar cuando se da esta circunstancia y el uso, ante la inexistencia de hijos comunes, se atribuyó a la esposa.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 25 de abril de 2011.

El pronunciamiento en cuanto a la atribución de uso de la vivienda ha de referirse exclusivamente a la familiar y no es extensible a otros inmuebles, menos aun si éstos son de carácter privativo de uno de los cónyuges.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2011.

No cabe realizar atribución del uso de un inmueble que no constituye vivienda familiar, pues su reivindicación se sitúa fuera del marco del Derecho de Familia.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2011.

La asignación del uso de la vivienda, de copropiedad entre los litigantes, lo fue en función de su destino familiar y no por convenio de estricta naturaleza jurídico-privada entre las partes. La demandada no ocupa la vivienda desde hace años y la hija goza de independencia económica. En tales condiciones, no puede otorgarse a la esposa la facultad de ceder un derecho gratuitamente a su hija, pues en realidad no le corresponde y si aquélla precisa necesariamente de vivienda, existen mecanismos en derecho para que pueda exigir alimentos a ambos progenitores.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2011.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No se accede a la extinción de la pensión alimenticia ya que la hija compatibiliza su actividad laboral con los estudios, siendo además exigua la cantidad que percibe de 413 euros por su trabajo a tiempo parcial para permitirle la independencia económica.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2011.

Se deja sin efecto el pronunciamiento de la sentencia que eximía al padre de abonar la pensión alimenticia durante el mes de vacaciones de verano en que los hijos permanecieran con él, y la rebaja del 10% de la pensión a los hijos por cada período superior a cinco días que los hijos convivieran con el padre.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de abril de 2011.

La opacidad en los rendimientos reales del padre no puede favorecerle y no cabe acudir únicamente a las declaraciones tributarias para hallar la verdadera entidad de sus ingresos.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 15 de abril de 2011.

Se desestima la reclamación de gastos extraordinarios por la operación del hijo dado que sólo se aporta un documento médico en el que simplemente se recomienda dicha intervención, así como el presupuesto de su coste económico, pero ni ha demostrado que se haya llevado a efecto ni que haya abonado su importe.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 12 de abril de 2011.

Aunque en la Sentencia se acordó la necesidad de notificar previamente el hecho que motivó el gasto extraordinario así como su importe, no puede pretenderse que todas las comunicaciones de esta naturaleza deban cursarse a través de burofax, pues ni es razonable ni es económico. El padre declaró que hacía meses que no tenía correo electrónico sin haberlo comunicado a la madre a quien se lo facilitó precisamente con esa finalidad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 6 de abril de 2011.

Se estima el recurso por infracción procesal y casación toda vez que, aunque los hijos conviven con la madre, la pensión alimenticia que abona el padre debe comprender un capítulo para el pago de los conceptos básicos como luz, gas, etc., y según el nivel de vida otros servicios, no pudiendo incluirse dichos conceptos dentro de la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa que tiene otras funciones diferentes.

TSJ Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011.

Si en el convenio regulador se pactó que el esposo abonara un porcentaje de los ingresos que percibiera por razón de trabajo no puede distinguirse entre lo que percibe por la jornada ordinaria o por otros trabajos extra, por lo que no existe causa para modificar el convenio.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2011.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la esposa se ha incorporado al mundo laboral no procede limitar temporalmente la pensión compensatoria fijada en la separación al persistir el desequilibrio económico. La pensión compensatoria no siempre debe ser temporal, dependiendo la temporalidad de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2011.

Fijada la pensión compensatoria, su extinción queda constreñida a la concurrencia de alguna de las causas que se recogen en el artículo 101 del CC, entre las cuales no aparece el mero transcurso del tiempo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de junio de 2011.

Se limita a tres años el período para seguir percibiendo la pensión compensatoria fijada sin límite temporal en la sentencia de divorcio en base a la pasividad de la ex esposa en orden a la obtención de un empleo que le permitiese alcanzar una situación de independencia económica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2011.

Se deja sin efecto el pronunciamiento de la sentencia que limita la pensión compensatoria «hasta que la mujer trabaje de forma estable y perciba ingresos netos superiores al SMI, o tenga derecho a una pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social», pues supone una restricción injustificada de las previsiones del artículo 101 del Código Civil, en cuanto a las circunstancias determinantes del cese de dicha pensión.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2011.

Las cantidades que la esposa pudiera recibir al amparo de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas de dependencia, en este caso su hermano, no constituirían un obstáculo para la fijación de la pensión compensatoria pues se tratarían de prestaciones económicas que apenas compensarían la dedicación al cuidado de su hermano, con el consiguiente sacrificio personal y las dificultades de formación y de acceso al mercado laboral en unas condiciones de asegurarle una efectiva independencia económica.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2011.

Teniendo en cuenta que la ex esposa cuenta con 48 años, un aceptable estado de salud y que se le ha concedido una compensación por la extinción del régimen de separación de bienes de 600.000 euros, procede fijar una limitación temporal de ocho años a la pensión compensatoria.

TSJ Cataluña, Sentencia de 4 de abril de 2011.

Se estima razonable que la actualización de la pensión compensatoria tenga lugar en función del aumento de ingresos del ex esposo.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2011.

No prospera la demanda interpuesta por el heredero de la persona obligada al pago de la pensión compensatoria en la que solicitaba su extinción, ya que éste no es el procedimiento adecuado para dilucidar cuál es realmente el caudal hereditario y cuya determinación es decisiva a fin de determinar si pudiera corresponder o no una reducción o supresión de la pensión compensatoria por afectar a la legítima.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2011.

La constante ausencia de la ex esposa del domicilio familiar acredita que ésta tiene una relación análoga a la marital y se constituye en causa de extinción de la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2011.

De la prueba de detectives consta acreditado que la ex esposa fue acompañada por su pareja a la boda del hijo mayor, con lo que unida al resto de pruebas procede declarar extinguida la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2011.

Extinción de la pensión compensatoria que el ex esposo lleva abonando durante más años que los que duró la convivencia, al estar la ex esposa en condiciones de acceder a un empleo.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011.

CUESTIONES PROCESALES

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.

No se admite a trámite la demanda de divorcio de mutuo acuerdo de un matrimonio de chilenos, al residir en aquel país uno de los cónyuges y la hija menor de edad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 1 de junio de 2011.

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 artículo 107 del CC.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de mayo de 2011.

Debe continuar el procedimiento de reclamación de alimentos no siendo procedente el archivo acordado por el Juzgado por haberse cuestionado la filiación dado que el certificado registral de la república de Nigeria goza de presunción de veracidad del hecho que constata. El demandado debió reconvenir impugnando la filiación o presentar una demanda independiente y excepcionar prejudicialidad civil.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 24 de mayo de 2011.

La competencia para tramitar el procedimiento de modificación de medidas la tiene el Juzgado del último domicilio conyugal y no aquél en el que residen la madre y los hijos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de abril de 2011.

La demandada, declarada en situación de rebeldía, solicitó la nulidad de actuaciones en base a que, si bien había recibido la cédula de emplazamiento por correo certificado, el sobre no contenía copia de la demanda, pero ello no es motivo para declarar la nulidad pues aquélla pudo, desplegando un mínimo de diligencia, solicitar del juzgado la entrega de la documentación.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de abril de 2011.

La incomparecencia del actor al juicio de modificación de medidas no conlleva que se le tenga por desistido ya que sí comparecieron su procurador y su abogado.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 14 de abril de 2011.

No habiéndose extinguido parte de la responsabilidad penal en el momento de presentación de la demanda de divorcio, la competencia corresponde al Juzgado de Violencia sobre la mujer.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Auto de 8 de abril de 2011.

Debe admitirse la inclusión dentro del convenio regulador de la liquidación de la sociedad de gananciales no siendo ningún obstáculo para ello que, al momento de redactarse, no esté disuelta formalmente la sociedad de gananciales.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de abril de 2011.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de junio de 2011.

Habiéndose devuelto la citación al demandado con la mención de destinatario desconocido tras lo cual se le citó fijando la citación «en la puerta de la instancia», se deniega la petición de exequátur.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de junio de 2011.

Se aprecia el abuso de derecho y se desestima la demanda de ejecución en la que se reclamaban pensiones alimenticias de un hijo que supera ya los 25 años, con manifiesto relajo de su situación académica que no queda impedida por sus periódicas incursiones en el mercado de trabajo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de junio de 2011.

No habiéndose acreditado que los problemas que afectan al menor de 5 años guarden relación con el padre y poniéndose de manifiesto que la madre viene desplegando una conducta poco favorecedora de la relación paterno-filial, se estima la demanda de ejecución por incumplimiento del régimen de visitas.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 1 de junio de 2011.

No puede accederse a la imposición de una multa por el incumplimiento del régimen de visitas dado que cuando se le hizo el requerimiento no se le apercibió con dicha posibilidad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 1 de junio de 2011.

Los gastos de desplazamiento de Sevilla-Barcelona que tuvo el padre para el cumplimiento del régimen de visitas no es un crédito compensable ante la reclamación de pensiones alimenticias.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 31 de mayo de 2011.

El abono por el padre del coste del curso de la hija en Irlanda en la proporción del 60% que le corresponde como gasto extraordinario no le exime de abonar la pensión alimenticia ordinaria en el período de duración de dicho curso en el extranjero.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 31 de mayo de 2011.

Se desestima la demanda de ejecución ya que en el convenio regulador no se pactó la venta del inmueble, sino tan sólo 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.

Se desestima la demanda de ejecución interpuesta por el padre en la que interesaba que, al inicio del régimen de visitas, la madre le entregase la ropa de calle y los efectos personales del menor, o que permitiese la posibilidad de compensar su adquisición con la pensión alimenticia, ya que este pronunciamiento no estaba incluido en la sentencia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 12 de mayo de 2011.

CONVENIO REGULADOR

Debe homologarse el convenio regulador en su integridad no pudiendo el Juez de Instancia cuestionar la valoración de los bienes que se contiene en la liquidación de gananciales, pues ésta no es contraria a la ley, la moral ni al orden público.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 24 de mayo de 2011.

Validez y eficacia del convenio regulador suscrito por los cónyuges aunque no hubiese sido judicialmente homologado al no acreditarse que concurra vicio en el consentimiento, pues la alegación del esposo de que se obtuvo de forma fraudulenta o dolosa ha quedado huérfana de prueba.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2011.

Se desestima la impugnación del convenio regulador efectuada por el Ministerio Fiscal en cuanto a que, habiéndose pactado la custodia compartida, es perfectamente válido que los progenitores pacten que cada uno de ellos asumirá los alimentos de los hijos durante el período que convivan con los hijos, no siendo necesaria la fijación de una determinada cuantía de pensión alimenticia.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011.

Validez de los contratos que tienen por objeto la determinación de los efectos patrimoniales de la separación o divorcio, distintos del convenio regulador, siempre que se refieran a materias sobre las que los cónyuges tengan plena disposición, como es el caso de autos en el que la esposa se obliga a pagar al esposo el 1,5% del precio neto obtenido en la venta de un inmueble propiedad de la esposa.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2011.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo

realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2011.

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 del 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.

Se anula la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y se acuerda que se practiquen las pruebas propuestas y admitidas por la esposa y que no pudieron practicarse en primera instancia por causa ajena a ella, denegando su práctica en segunda instancia la Audiencia, pues dicha denegación vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que dichas pruebas pueden ser decisivas para las pretensiones de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2011.

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.

No concurre causa para declarar la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que el esposo cedió sus derechos en el inmueble familiar a la esposa, ya que tenía una causa verdadera: la compensación por los gastos familiares atendidos por la esposa durante el matrimonio.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011.

El esposo aceptó en la liquidación de la sociedad el valor de la vivienda, siendo ahora con la demanda cuando aporta un informe pericial que eleva su precio, pero no puede acordarse la rescisión por lesión toda vez que su voluntad en aquel momento fue que la esposa se adjudicase la totalidad de la vivienda compensando su parte con los gastos familiares que atendió aquélla en exclusiva.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011.

A pesar de que el vehículo se adquirió por el esposo poco tiempo antes de disolverse la sociedad de gananciales y ha sido éste quien ha venido utilizándolo en exclusiva, procede la inclusión del vehículo en el activo, debiendo figurar en el pasivo el importe de las cuotas de financiación abonadas por el esposo desde que se disolvió la sociedad de gananciales y la cantidad que reste por abonar a la financiera.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011.

Es procedente admitir a trámite la demanda de complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales aunque en el convenio regulador se pactase que «con las adjudicaciones efectuadas dejan disuelta y liquidada su sociedad de gananciales», no siendo obstáculo que los bienes que se pretenden adicionar existiesen en el momento de suscribir el convenio de liquidación.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 31 de marzo de 2011.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se declara la nulidad de la partición llevada a efecto sin la intervención de contador-partidor al existir intereses contrapuestos con la titular de la patria potestad ya que también se liquidó la sociedad de gananciales y, además, la viuda no podía adjudicarse bienes en pago del usufructo viudal sin el consentimiento expreso de todos los herederos. No puede negarse con carácter general la legitimación de un coheredero —hija extramatrimonial— para ejercitar la acción de nulidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 2011.

Un cumplimiento deficiente por parte del Fiscal de las funciones que tiene encomendadas (no asistir al juicio en el que se cuestiona la resolución de desamparo) no da lugar a la nulidad procesal, toda vez que fue parte en el procedimiento y tuvo conocimiento de todo lo actuado, solicitando en fase de apelación que se confirmase la sentencia del Juzgado.

TSJ de Aragón, Sentencia de 25 de mayo de 2011.

No se acredita que la donación o cesión del bien por parte del tutelado al tutor revierta en su beneficio, ni que la cesión sea necesaria y útil, como se exige legalmente, por lo que procede su denegación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de mayo de 2011.

Se acuerda la emancipación de hijo de 17 años que vive con los abuelos maternos y que tiene escasa relación con su madre.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de mayo de 2011.

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 ésta 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.

No es obstáculo para la confirmación de la declaración de desamparo que exista un tercer hijo en la pareja que no haya sido también declarado en esta situación, dado que los padres, por sus propias limitaciones físicas y por la falta de apoyo familiar, no están en condiciones de prestar a los gemelos objeto de la resolución las necesidades que, por su edad, precisan.

TSJ Cataluña, Sentencia de 31 de marzo de 2011.

Se constituye la adopción de un mayor de edad por parte del esposo de la madre biológica no siendo necesario el consentimiento del padre biológico, al haberse acreditado que fue el adoptante quien estuvo desempeñando la labor de padre desde la primera infancia hasta la mayoría de edad.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 31 de marzo de 2011.

Se acuerda el cese de la tutela administrativa dado que la situación personal de la madre ha ido variando desde que se produjo la tutela de su hija: menor conflictividad en la casa, está separada legalmente de su marido, descenso de su nivel de estrés; sus capacidades parentales están cambiando paulatinamente para beneficiar a su hija; desarrollo de la capacidad empática; establecimiento de límites adecuados al comportamiento de su hija.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 31 de marzo de 2011.

FILIACIÓN

Eficacia de la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica efectuada por el demandado en la pieza separada de prueba anticipada sin que fuese necesario reiterar su práctica en la fase de prueba del procedimiento principal. La prueba testifical acreditaba que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre al tiempo de la concepción fue con el demandado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2011.

La circunstancia de que se hubiera retirado el cristal con cerradura y la lápida no es obstáculo para la validez de la extracción de muestras al cadáver que posteriormente se utilizaron para la práctica de la prueba biológica.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de marzo de 2011.

UNIONES DE HECHO

El premio de lotería recibido por la integrante de la pareja de hecho fue ingresado en una cuenta de su exclusiva titularidad, por lo que no puede deducirse que quisiesen compartir las ganancias, habiéndose acreditado que gozaron de independencia económica, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes para domiciliar algunos gastos comunes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2011.

Es ajustada a derecho la inadmisión de la demanda para la regulación de las relaciones filiales al no aportarse el certificado de nacimiento de los hijos comunes pese a los requerimientos realizados en tal sentido.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 24 de mayo de 2011.

Se desestima la petición de medidas cautelares efectuada por una conviviente de hecho de una relación en la que no existían hijos comunes y que estaba dirigida a reclamar pensiones compensatorias, alimenticia y la atribución del uso de la vivienda, dado que no concurren

los requisitos previstos en el artículos 730 y siguientes de la LEC no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 773 de la LEC.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 6 de mayo de 2011.

SUCESIONES

La partición puede ser efectuada por el testador cuando atribuye bienes concretos a porciones concretas, pero el caso no constituye ni un legado de cosa cierta propia del testador, ni un caso de partición realizada por el testador. Interpretación de la cláusula testamentaria: es un caso de adjudicación de un bien hereditario para que sea incluido en la parte alcuota correspondiente al beneficiario por lo que el inmueble debe valorarse en el momento de la adjudicación y, de no hacerlo así, se produciría una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de julio de 2011.

Se declara a unos sobrinos herederos ya que la condición impuesta por la testadora —obligación de acogerla en casa cuando no pudiese valerse por sí misma— era de imposible cumplimiento pues hasta el fallecimiento permaneció ingresada en un centro geriátrico.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio de 2011.

No siendo los bienes divisibles y presentando gran magnitud las diferencias de valor de los lotes propuestos, se encuentra procedente que para poner fin a la comunidad de bienes se vendan en pública subasta repartiéndose el precio entre los condóminos en proporción a sus respectivas cuotas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2011.

La parte apelante se opone a la sentencia porque le adjudica por entero un inmueble, solicitando que se adjudique por porcentajes de participación en dicho inmueble, y se proceda a la venta en pública subasta. La sentencia rechaza el recurso y la adjudicación por porcentajes porque en principio nada opuso a que se le adjudicase la totalidad del inmueble habiendo comprado a otros herederos su participación.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de abril de 2011.

Habiéndose interesado por el actor se declare que tiene la condición de legitimario o heredero forzoso y con ello que se declare la nulidad de la institución como herederos de los tres hijos matrimoniales del finado y se abra la sucesión intestada, se aprecia la excepción de prejudicialidad civil al existir en Alemania un proceso revisorio de la sentencia de filiación al haberla impugnado los demandados.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 9 de marzo de 2011.

CUESTIONES PENALES

Se condena al padre por un delito de amenazas del artículo 171.4 y 5 del CP, al acreditarse que estuvo llamando por teléfono y acudiendo al lugar de trabajo de la madre para reclamar

poder mantener contacto con su hija y en una llamada telefónica le dijo que «te voy a matar si no me dejas ver a mi hija».

AP Baleares, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de marzo de 2011.

Se condena al padre por impago de la pensión alimenticia, pues en supuestos prolongados de más de un año sin abonarla, al acusado le es exigible una conducta positiva, no siendo suficiente con alegar la mera imposibilidad, sino que tiene que ofrecer un mínimo de *fumus boni iuris* y no sólo excusas.

AP Baleares, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2011.

Se condenaba a la madre como autora responsable de un delito de desobediencia continuada del artículo 556, en relación con el 74 del CP, a la pena de un año de prisión dados los reiterados incumplimientos de facilitar la relación paterno-filial, constatados por el Punto de Encuentro y por los numerosos requerimientos del juzgado para que cumpliera el régimen de visitas, con apercibimiento de que podía incurrir en un delito de desobediencia.

AP Baleares, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de marzo de 2011.

El recurrente ante la conducta de su hijo menor reconoce haberle dado dos bofetadas en la cara y si bien el motivo determinante, bien sea por haber dejado la luz encendida como dice el niño bien por haber perdido el móvil como señala el padre, en ningún caso justifica el recurso a la violencia, no se aprecia sin embargo una desproporción en la reacción del padre, por lo que procede revocar la sentencia impugnada absolviéndolo del delito de violencia doméstica.

AP Asturias, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2011.

OTRAS CUESTIONES

La obligación de indemnizar por la lesión al derecho a la intimidad (publicación de reportaje en un periódico referente a un conflicto familiar en el que se encuentra implicada una menor de edad) deriva de un ilícito extracontractual, y los condenados (la madre, el periodista, el director del periódico y la entidad propietaria de éste) deben responder solidariamente de la indemnización fijada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo 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 recensiones 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 las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.
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.