DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

Nº52

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. Diríjase 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 todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) distribuye a las empresas reutilizadoras de información pública. Esta nota se incluye en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

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

EL TRIBUNAL SUPREMO DA LUZ VERDE A LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE FUTURAS RUPTURAS DE PAREJA

La evolución de la sociedad en materia de relaciones de pareja y la consiguiente adaptación de la legislación a las nuevas situaciones han provocado que el contrato matrimonial pueda resolverse a petición de una sola de las partes sin que ello lleve aparejado ningún tipo de responsabilidad económica.

Esta nueva forma de resolución de las crisis de pareja pone sobre la mesa el tema de la eficacia de los pactos suscritos por los cónyuges en previsión de futuras rupturas de la pareja. Aunque la legislación autonómica ha dado los primeros pasos en torno a su regulación, la verdad es que los juzgados y Tribunales no son muy partidarios de esta clase de pactos básicamente porque se suscriben en un momento en el que la convivencia es estable o aún no ha comenzado y se desconoce qué circunstancias concurrirán en los cónyuges cuando se produzca la crisis de la pareja.

Con la habitual visión que sobre los temas de Derecho de Familia tiene el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas, Presidente de la Sec. 22.ª de la Audiencia Provincia de Madrid, en la Sentencia de 27 de febrero de 2007 de la que fue ponente, vino a criticar que la reforma del Código Civil 15/2005 no hiciese mención a los pactos prematrimoniales que «responden a la nueva realidad social que hoy se vive entre parejas que, en ocasiones, vienen conviviendo con anterioridad al matrimonio, que después se contrae, cuentan con sus propias posibilidades laborales y económicas, son conscientes de sus propias situaciones profesionales y patrimoniales, y se encuentran en plenitud de capacidad para regular, en este ámbito económico y patrimonial, la situación de futuro, si se produce la ruptura personal y definitiva entre aquéllos».

Ahora el Tribunal Supremo, de la mano de su Magistrada especialista en los temas de familia, la Excma. Sra. D. Encarnación Roca, ha venido a dar luz verde a esos convenios o contratos en previsión de futuras rupturas. En la Sentencia de 31 de marzo de 2011 se analizó un supuesto en el que unos cónyuges, tras una separación se reconciliaron y suscribieron un convenio en previsión de una futura ruptura en el que pactaron la siguiente cláusula: «En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente: a) A entregar a su esposa, desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 pesetas mensuales, más el importe de su actualización mediante la aplicación de las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo, desde esta fecha hasta el momento del nacimiento de la obligación de pago, [...]. La cantidad que resulte deberá ser abonada por el Sr. Claudio a la Sra. Angélica por mensualidades anticipadas [...] B) A donar un piso o apartamento a D.ª Angélica. El citado piso o apartamento será elegido libremente por la Sra. Angélica, pero en ningún caso, el precio del mismo podrá exceder de la cantidad equivalente a 30 millones

de pesetas, valor a la fecha, que por tanto habrán de actualizarse desde este momento hasta que se origine el nacimiento de la obligación, de acuerdo con las variaciones que haya experimentado desde esta fecha el índice de precios al consumo, [...]. El exceso de precio, si lo hubiere, será abonado por D.ª Angélica». Tanto el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, como la Sec. 10.ª de la Audiencia de Madrid rechazaron las peticiones de la esposa quien interpuso recurso de casación que fue estimado por nuestro Alto Tribunal, si bien, sólo en lo que respecta al pago de la cantidad pactada y no a la donación de un inmueble, pues se entendió que se trataba de una promesa de donación y recaía sobre un bien indeterminado y futuro.

En la sentencia del Tribunal Supremo mencionada se parte de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 CC (el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, objeto del contrato y causa de la obligación establecida). El esposo entendía que el contrato era nulo, pues generó únicamente obligaciones para él, pero en la sentencia se indica que esto «no es indicio de ninguna anomalía contractual».

En resumen, se abre un nuevo campo para el Derecho de familia, siendo deseable que el legislador regule expresamente este tipo de contratos y, lo que es más importante, que se ponga a disposición de las personas que quieren contraer matrimonio toda la información necesaria para poder decidir lo que en cada caso mejor les convenga.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PERSPECTIVAS ACTUALES DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.
María Teresa Marín García de Leonardo 19

ESTATUTO DEL CÓNYUGE DEL PROGENITOR. LEGISLACIÓN EUROPEA.
Íñigo Mateo y Villa 81

SOBRE UNA SOLICITUD DE PRUEBA DE PATERNIDAD PRENATAL: ÁMBITO DE TALES PRÁCTICAS.
Jorge A. Marfil; Pédro González Poveda y Raquel Rodríguez López 95

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 107

Patria Potestad 107

Los padres no tienen la facultad de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria no estando comprendida ésta en ninguna de las libertades constitucionales.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre 107

Cuestiones procesales 115

Siendo patente y manifiesta la voluntad del demandado de comparecer en el procedimiento de incapacitación, se declara la nulidad de todo lo actuado dado que el Juzgado debió posibilitar su personación en forma mediante abogado y procurador, sin que esta omisión pudiera entenderse subsanada con el nombramiento de una institución como defensora judicial.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 7/2011, de 14 de febrero 115

TRIBUNAL SUPREMO 125

Guarda y custodia 125

La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión,

Página

criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que ha de basarse en razones objetivas debiendo evitarse decisiones arbitrarias.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2010 125

Vivienda familiar 129

Se estima la demanda de desahucio y se acuerda el lanzamiento de la ocupante que fue esposa del arrendatario fallecido al no haberse cumplido los requisitos legales para que se produjese la subrogación, dado que la esposa no era arrendataria del inmueble aunque el inmueble constituyese la vivienda del matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010 129

Se decreta el desahucio por precario dado que no es oponible la atribución judicial del uso en un procedimiento de familia al adquirente de la vivienda en un procedimiento de enajenación forzosa, circunstancia que no se ve alterada por la relación de parentesco existente entre la parte demandada, y el adquirente (suegro), de quien trae causa la ahora actora (suegra), ni por el hecho de que tuviera conocimiento de que la sentencia de separación atribuyera a la demandada el uso de la que había sido vivienda familiar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010 139

Filiación 146

La impugnación de la filiación paterna obtenida por reconocimiento puede ejercitarse tanto por vía del artículo 141 del CC (vicio en el consentimiento) como del artículo 140 del CC (no corresponder con la verdad biológica) siendo de aplicación en este último caso el plazo de caducidad de cuatro años.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010 146

Regímenes económicos matrimoniales 150

Habiendo prestado el consentimiento la esposa en la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar propiedad privativa del esposo, la posterior atribución del uso a favor de aquélla y de los hijos no puede oponerse al adjudicatario del inmueble tras la subasta del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2010 150

Sucesiones 153

En el régimen introducido en 1970 se distinguía entre adopción plena y simple y en ambas se daba una fase judicial en la que se emitía la declaración de voluntad de los adoptantes ante el juez y auto de éste aprobando la adopción; la fase notarial, otorgamiento de la escritura pública, y la fase registral, inscripción en el Registro civil. Dicho negocio de familia se perfeccionaba por las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, sin necesidad de escritura, que sólo servía para ratificar lo expresado ante el juez con valor *ad probationem*. En consecuencia no puede negarse la cualidad de heredera la hija adoptiva por razón de que no se otorgó escritura pública de adopción.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2010 153

Página

Incapacidad 159

La pretensión de traer la donación hecha por el padre y la madre, con carácter no colacionable, sólo a la herencia de la madre carece de viabilidad desde el momento en el que el bien donado era, al menos en parte, ganancial, por lo que tendría que haber constado la liquidación previa de la sociedad de gananciales para poder inventariar los bienes que formaban el caudal relicto de la madre donante.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2010 159

Análisis de la cláusula testamentaria que acuerda usufructos sucesivos sin atribuir la nuda propiedad a nadie hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010 162

Cuestiones penales 168

Se condena por un delito de insolvencia punible al haber otorgado capitulaciones matrimoniales con la única finalidad de evitar hacer frente a la deuda contraída por uno de los cónyuges sustrayendo bienes a la ejecución posible de la acreedora.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 6 de abril de 2010 168

Denunciada la esposa por apropiación indebida se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 del CP porque cuando se produjo la acción objeto de esta causa no se encontraban separados legalmente ni de hecho y tampoco en proceso de separación, divorcio o nulidad, siendo indiferente que la pareja estuviese en crisis, pues seguían compartiendo el mismo domicilio.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010 172

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 175

Guarda y custodia 175

Junto al difícil entendimiento de los padres y una grave conflictividad, se une un problema de lealtades entre la hija que convive con el padre y las otras dos hijas que lo hacen con la madre y que ocasiona un importante estrés en una de éstas, por lo que no se considera acertado instaurar como modelo la custodia compartida.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010 175

Pensión compensatoria 176

Se deja sin efecto la pensión compensatoria, pues su concesión no puede basarse en un hecho futurible como es que la esposa tras el divorcio es probable que deje de percibir el sueldo que recibe de la empresa del esposo, dándose además la circunstancia de que la esposa es una mujer joven, goza de buena salud, el matrimonio solo ha durado 15 años y ella va a recibir 177.126 euros como compensación económica por la extinción del régimen.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010 176

Página

Indemnización por extinción del régimen de separación de bienes 179

La indemnización económica del artículo 41 del CF se cuantifica en el 10% de los beneficios de la empresa del esposo durante los años de convivencia.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010 179

AUDIENCIAS PROVINCIALES 182

Patria potestad 182

La ruptura de la pareja conllevó una medida de alejamiento que propició el distanciamiento de los progenitores, agravado además por la precaria actividad laboral del esposo que se dedica a la confección de artículos de artesanía que vende en mercadillos. Es razonable pensar que si el motivo alegado para la privación es meramente omisivo —dejación de sus obligaciones—, sin que se haya acreditado una conducta perjudicial activa y directa sobre la menor, parece del todo punto lógica la conclusión de la sentencia de instancia de negar la privación de tan fundamental deber.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 182

La mera solicitud de plaza escolar, dato sobre el que se centra y concreta la pretensión ejecutiva del recurrente, no supone, en el caso, una extralimitación en el ejercicio de la patria potestad compartida, y sí únicamente la gestión preparatoria de un posible cambio de colegio, respecto del que no consta que la demandada haya tomado una decisión prescindiendo del otro progenitor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de noviembre de 2010 183

La ausencia absoluta de la prestación de los alimentos a que viene obligado el demandado y la falta de relación paterno-filial desde el año 2005 motiva la privación de la patria potestad del progenitor, debiendo evitarse una súbita aparición del padre para ejercitar el régimen de visitas que conllevaría no pocos problemas al desarrollo de la hija, situación que debe evitarse con esta medida.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010 185

Guarda y custodia 186

La negativa actitud de la madre en relación a una fluida y adecuada comunicación de los menores con su padre y su negativa repercusión en ellos aconsejan atribuir la custodia a aquél ante el riesgo de que la custodia materna incremente el incipiente rechazo que muestran hacia el padre, originando una fisura entre los menores y su padre difícil de superar en el futuro.

AP Oursense, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010 186

La minusvalía que padece la madre no la incapacita para ejercer las funciones que conlleva la custodia, debiendo recordarse que ha sido ella la que de hecho se ha ocupado del cuidado de sus hijos desde su nacimiento, sin que conste ninguna negligencia en el cuidado.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010 188

Página

Teniendo en cuenta que los progenitores no residen en la misma ciudad, la custodia compartida resulta inviable, pues obligaría a la menor en las semanas alternas a continuos desplazamientos para asistir al colegio.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2010 189

Régimen de visitas 192

La empresa para la que trabaja el padre manifestó por escrito que prestaba sus servicios como conductor, con contratos temporales, en turnos de mañana o tarde, pudiendo ser su descanso cualquier día de la semana y dependiendo el horario de los turnos de la línea y servicio asignado. Ante tal perspectiva, creemos que no existen datos precisos para fijar un régimen de visitas que pueda adaptarse a tales inconcreciones.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010 192

Esta Sala ya ha mostrado en varias ocasiones su reticencia a aceptar visitas intersemanales en menores en edad escolar. La práctica diaria acredita que este tipo de visitas interfieren de forma negativa en el rendimiento escolar, pues afectan a las pautas de estudio. Si bien pueden tolerarse, de forma excepcional, en infantes de corta edad y primeros años de escolarización, se muestran como altamente perjudiciales para la buena marcha escolar a partir más o menos de los siete u ocho años.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010 193

El régimen de visitas no se ha revelado especialmente adecuado, en atención a que, careciendo el padre de vivienda en Zaragoza, debe desarrollarse prácticamente en la calle, parques, casas de amigos, etc., con los inconvenientes que supone para una niña de tan corta edad, con unas necesidades concretas de alimentación, descanso e higiene, y por ello, se reduce a los sábados y domingos alternos de 11 h a 14.00 h.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 193

Vivienda familiar 194

El que una madre pueda tener una relación sentimental estable con un hombre no puede ser causa de privar a los hijos del uso de la vivienda familiar.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010 194

No importa que el cónyuge que tiene la custodia disponga de vivienda en otra localidad, pues la libertad de residencia es uno de los derechos fundamentales y nada le obliga a este cónyuge a abandonar la localidad de residencia de la familia, sino que al contrario su permanencia en el mismo lugar junto con sus hijos puede contribuir a la estabilidad y mejorar la crianza y educación de éstos.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010 195

No procede atribuir el uso de una vivienda distinta a la familia a los hijos para que la ocupen mientras realizan sus estudios ya que dicha vivienda va a ser ocupada por el padre para fijar su residencia, sin que ello suponga que los hijos no puedan convivir con el padre.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 195

Página

Pensión alimenticia 196

No es en absoluto creíble que los ingresos del apelante se limitan a los 808,52 euros que se hacen constar en tres nóminas emitidas por la empresa familiar, donde consta de alta como peón a partir de junio 2009, es decir, pocos meses después de interpuesta la demanda. El pretendido sueldo tiene difícil encaje con obligaciones asumidas como es la pertenencia a la sociedad Club de Campo por lo que viene abonando casi 100 euros mensuales, televisión de pago, etc. y por ello no procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2010 196

Es clara y evidente la crisis económica existente en la actualidad, sin embargo, no resulta admisible que un varón de treinta y ocho años, sin impedimento físico alguno, que ha tardado trece años en acabar una diplomatura de tres y sólo ha trabajado seis meses escasos en su vida, pretenda seguir siendo mantenido por su padre.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010 197

Los tratamientos psicológicos tienen carácter de gastos extraordinarios y tan sólo requieren para que surja su exigibilidad que el progenitor custodio los haya realizado y justifique documentalmente su importe, sin que esta circunstancia implique un menoscabo de la institución de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2010 198

Pensión compensatoria 199

El convenio regulador, aunque se firmó por ambos cónyuges, no fue ratificado posteriormente, pero sin duda explica cuál era el sentir de ambos cónyuges en ese momento, por lo que no habiendo convivencia con posterioridad no se explica la solicitud de pensión compensatoria, pues no existe entre los cónyuges desequilibrio económico alguno que haya de compensarse.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010 199

Aunque la esposa haya accedido a un trabajo por el que percibe unos 1.000 euros al mes, no se acuerda la extinción de la pensión compensatoria dado que sigue existiendo el desequilibrio pues él percibe 7.000 euros mensuales, y ya se contemplaba en el convenio regulador la posibilidad de que la esposa trabajase.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010 200

Se deniega la pensión compensatoria solicitada por la recurrente, pues la dedicación a la familia no le ha impedido trabajar; el divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio aun cuando su trabajo lo desempeñe en la empresa perteneciente a la familia del esposo.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 201

Convenio regulador 203

No se aprueban la cláusula de convenio regulador relativa al uso compartido con división de sus estancias de un inmueble que es propiedad de un tercero, ni las cláusulas que afectan a inmuebles que no han constituido la vivienda familiar al

Página

ser además bienes ya en régimen de copropiedad, susceptibles de regular bajo las disposiciones legales de los artículos 392 y siguientes de la ley sustantiva civil.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 12 de noviembre de 2010 203

Cuestiones procesales 204

El domicilio familiar está en Londres desde el 8 de abril de 2008. El demandante manifiesta residir en Gavà, en el que fuera antiguo domicilio familiar. Ambos cónyuges tienen la nacionalidad española, el Juzgado *a quo* es competente para el divorcio tanto por sumisión del demandante ante una jurisdicción competente según el Reglamento comunitario como por sumisión expresa de la demandada a esa misma jurisdicción competente.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2010 204

Resulta palmaria la falta de legitimación activa del padre para articular el reconocimiento de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna con base en lo prevenido al efecto en el artículo 160 CC, pues tal pretensión la realiza el padre por sí mismo sin acreditar razón para ello (no consta ni consentimiento de ésta, ni audiencia de la abuela a tal efecto).

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010 206

Competencia de los Tribunales españoles para tramitar un procedimiento de modificación de visitas aunque el menor y la madre tengan su residencia en Alemania.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2010 206

Se acuerda el archivo del procedimiento al no haber subsanado la actora la falta de aportación de la certificación original de nacimiento de uno de los hijos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de noviembre de 2010 209

Se inadmite a trámite la demanda de modificación de medidas instada directamente por la hija mayor de edad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de noviembre de 2010 209

Ejecución de sentencia 210

No puede condicionar el pago de la pensión al hecho de que la madre no haya designado una cuenta corriente donde efectuar el abono. Es un tanto extraño también que se dejen pasar cinco años por parte de la madre sin hacer ningún tipo de reclamación —no es dicha actitud lo normal—, pero también es cierto que la deuda está vigente y, por lo tanto, es exigible.

AP Castellón, Sec. 2.ª, Auto de 28 de diciembre de 2010 210

Habiéndose allanado la esposa a la demanda de extinción de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, no puede despacharse ejecución por las pensiones devengadas desde la presentación de la demanda hasta el dictado de la sentencia, pues supone un enriquecimiento injusto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de diciembre de 2010 211

Página

Los intereses legales en fase de ejecución vienen impuestos *ope legis,* no precisan ni de petición de parte ni de condena expresa (por todas STS de 18 de marzo de 1993) y son debidos desde la sentencia de cuya ejecución se insta.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010 213

Los límites propios del procedimiento ejecutivo excluyen la posibilidad de que el ejecutado articule, dentro del mismo, una demanda reconvencional para reclamar los créditos que pueda ostentar frente al ejecutante.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010 213

El incumplimiento del régimen de visitas se ha producido por el cambio unilateral del domicilio materno y, por tanto, del lugar de residencia del menor, al haberse trasladado ambos a Guadalajara, y esta Sala sentenciadora no puede consentir que se hayan producido unos hechos consumados de una manera totalmente arbitraria por uno de los litigantes, procediendo en consecuencia seguir adelante con la ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 7 de diciembre de 2010 214

Regímenes económicos matrimoniales 215

Respecto del préstamo personal suscrito por el esposo, ciertamente se concertó con anterioridad a la fecha en que ambos litigantes contrajeron matrimonio, si bien dicho préstamo tenía como destino sufragar los gastos iniciales del matrimonio, por lo que, de conformidad con los artículos 1364 y 1398 del Código Civil, deberá integrarse el saldo pendiente en el pasivo de la sociedad de gananciales.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2010 215

Se considera como consorcial la parte de indemnización correspondiente al período posterior a la celebración del matrimonio y como privativa la anterior. No existe prueba, sin embargo, de que esa parte consorcial existiese a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010 215

Los fondos de inversión se abrieron y permanecen a nombre de cada hijo, tratándose de dinero donado por los padres y por ello de la propiedad privativa de aquéllos.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010 216

En el estrecho cauce procesal que ofrece el juicio verbal dispuesto para decidir sobre la inclusión en el inventario formado para la liquidación de la sociedad de gananciales no es posible entrar en la valoración de la nulidad de negocios jurídicos celebrados durante la vigencia de aquélla.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010 217

El cónyuge que pagó con dinero propio parte de un bien ganancial será reintegrado de su desembolso con el valor actualizado, aplicando a la suma el incremento experimentado por el IPC en el período correspondiente con el fin de no sufrir merma alguna en su patrimonio, pero ello no le confiere de forma indirecta un derecho a obtener un beneficio adicional por la plusvalía real generada por la vivienda ganancial.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010 218

Página

La parte recurrida introduce en su escrito de oposición al recurso, con carácter subsidiario, la petición de reembolso del precio de la compraventa a su favor. Se trata de una pretensión *ex novo* introducida por vez primera en el escrito de oposición al recurso. Ni en el escrito inicial del procedimiento, ni en el acto de la formación de inventario al manifestar su disconformidad con la inclusión del bien de que se trata, ni finalmente en la vista del juicio se incluyó la menor referencia a esa pretensión de reembolso que, en consecuencia, debe ser tachada de intempestiva.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010 220

Procedimientos de menores 222

El menor padece importantes limitaciones y deficiencias en el ámbito cardio-pulmonar, con padecimiento de cardiopatía congénita, con limitaciones pediátricas en el ámbito de motricidad con limitación de la movilidad en extensión, abducción y rotación interna y con claudicación, constatando que los padres no asumían las adecuadas pautas de crianza del menor y el necesario control asistencial con pautas de defensividad y limitaciones cognitivas. Por ello, procede mantener la declaración de «desamparo», pero bien entendido que se trata de una medida transitoria y temporal, de contenido simple que debe garantizarse por la Administración tutelante una adecuada compatibilidad de la guarda material con sus tíos y las visitas ordenadas, regulares, constantes y periódicas con sus padres tendentes a una posible reintegración a su domicilio familiar.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010 222

De la relevante documental incorporada se desprenden incumplimientos en visitas concedidas e incomparecencia a citaciones que denotan el claro desentendimiento de la demandada respecto a los niños y, por tanto, procede confirmar el acogimiento preadoptivo.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2010 228

Filiación 229

No ha de olvidarse que la demandante permanece desde su nacimiento (año 1950) con su progenitora y a partir de los 14 años con el marido de ésta que la reconoce como tal, una vez fallecido el padre biológico (11 de mayo de 2008) y su madre lleva a cabo la manifestación ante Notario (19 de septiembre de 2008). Las testificales practicadas a instancia de ambas partes litigantes son completamente contradictorias y la negativa a realizar la prueba biológica, cuando de un heredero se trata, no puede ser tomada como una prueba concluyente, si no viene avalada por otras pruebas.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010 229

El recurrente solicitó la práctica de la prueba biológica en segunda instancia con base en el artículo 460.2 LEC, alegando haber tenido conocimiento de la posible existencia de otras relaciones de la demandante con posterioridad al acto de la vista, y ésta ha dado como resultado su exclusión como padre biológico, por lo que

Página

procede revocar la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda de reclamación de paternidad.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010 230

Uniones de hecho 232

Se inadmite *a limine litis* la demanda por entenderse que no le asiste acción y derecho a la demandante para interesar en este procedimiento que le sea atribuido —en una situación de unión estable de pareja— el uso del domicilio familiar, pues si bien de la unión de la pareja de hecho ha nacido una hija en el año 2000, ésta no reside en nuestro país, sino en Ecuador.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de noviembre de 2010 232

Sucesiones 233

Al margen de la falta de relación entre padre e hijo, posiblemente motivada por el divorcio de los progenitores, no se constata la necesidad de la pensión de alimentos a favor del padre, de profesión biólogo y que la ejerció también durante su enfermedad, aunque necesitara de la asistencia de una tercera persona, lo que le permitía su situación económica. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre por lo que no se ha quedado acreditada la causa de desheredación.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010 234

La donación debe entenderse como mejora e imputarse al tercio de libre disposición y, en la parte que no cupiere en el mismo, en el de mejora, correspondiéndoles a los actores participar en el tercio de legítima estricta.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2010 237

Cuestiones penales 238

Ha cesado en su actividad de transportista, no tiene vehículos con los que realizar esa actividad empresarial y se ha dado de baja en el régimen de autónomos. Dicho cese ha venido acompañado además de importantes deudas financieras. No se puede plantear en esta situación económica del acusado una omisión dolosa en el cumplimiento de la totalidad de las prestaciones reconocidas judicialmente en sentencia de divorcio, al haberse acreditado la imposibilidad efectiva de ese cumplimiento íntegro, por lo que no cabe apreciar la responsabilidad penal apreciada en la resolución de instancia.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2010 238

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA 242

Guarda y custodia..... 242

Se acuerda la custodia compartida por trimestres escolares permaneciendo los hijos en el domicilio familiar y alternándose los progenitores en el uso hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 8 de abril de 2011 242

Página

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Convenio regulador 247

Se deniega la inscripción de un convenio regulador en el que se llevan a cabo adjudicaciones por parte de uno de los cónyuges, a favor del otro —hasta entonces casados en régimen de separación de bienes—, cuando tales bienes figuran en el Registro de la Propiedad como privativos de aquéllas, dado que las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación, constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

DGRN, Resolución de 22 de diciembre de 2010 247

Sucesiones 249

Acreditada la muerte de una heredera mediante el certificado de defunción, que aparece unido a la escritura de partición, y que ocurrió con anterioridad a la de sus padres, pero con posterioridad al otorgamiento del testamento, no hace falta ninguna declaración de herederos de tal hija premuerta, pues entran directamente, por obra de la sustitución, a ser llamados a la herencia los sustitutos vulgares, que son sus descendientes, y, señalados éstos, no procede averiguación ulterior sobre otros posibles sustitutos.

DGRN, Resolución de 14 de diciembre de 2010 249

SECCIÓN PRÁCTICA

LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIVIENDA FAMILIAR 253

CASOS PRÁCTICOS 261

TRIBUNA ABIERTA

MENORES DE EDAD Y DERECHO A SU IMAGEN: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 29 DE JUNIO DE 2009.

Aurelia María Romero Coloma 269

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

VII JORNADAS DE JUECES DE FAMILIA, DE INCAPACIDADES Y DE TUTELAS .. 283

DATOS DE INTERÉS 293

Página

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 299
Guarda y custodia 299
Régimen de visitas 301
Vivienda y ajuar familiar 302
Pensión alimenticia 303
Pensión compensatoria 304
Cuestiones procesales 305
Ejecución de sentencias 306
Regímenes económicos matrimoniales 307
Procedimientos de menores 308
Filiación 309
Uniones de hecho 310
Sucesiones 310
Cuestiones penales 311
Otras cuestiones 311

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PERSPECTIVAS ACTUALES DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

María Teresa Marín García de Leonardo
Catedrática de Derecho civil de la Universitat de Valencia

RESUMEN

Perspectivas actuales del resarcimiento de daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales

El tema pivota sobre tres ejes fundamentales: el panorama actual del Derecho de familia, la evolución social de la familia y el concepto de daño.

La obstaculización de las relaciones paterno-filiales se produce fundamentalmente en dos ámbitos: en la esfera de las crisis matrimoniales y en la de las medidas de protección del menor. En sede de crisis matrimoniales el daño podría provenir del progenitor no custodio que incumple su deber de comunicación y estancias con los hijos; del propio hijo que se niega a ver al progenitor no custodio; o, finalmente, del progenitor custodio que impide injustificadamente las relaciones paterno-filiales. En el marco de las medidas de protección al menor (tutela *ex lege*, guarda y acogimiento) podría ser que la Administración adopte, sin fundamento una decisión que obstaculice las relaciones paterno-filiales.

Se trata de determinar si cabe la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de los daños que derivan de la obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales. El tema debe tratarse con sumo cuidado para no caer en soluciones sobredimensionadas, buscando correctamente los mecanismos de protección de las relaciones familiares.

Las preguntas a resolver son: a) ¿es posible acudir al artículo 1902 CC?, b) ¿cabe aplicar las reglas del incumplimiento de las obligaciones legales?, c) ¿cabe la aplicación del artículo 618.2 CP y ante una sentencia condenatoria exigir el resarcimiento de daños y perjuicios por la vía del artículo 109 CP? y d) cuando es la Administración la que obstaculiza las relaciones paterno-filiales, ¿cabe exigir responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos?

Palabras Clave: resarcimiento (indemnización) de daños, relaciones parterno-filiales, crisis matrimonial, protección del menor.

ABSTRACT

Current perspectives of damage recovery in the environment of paternal-filial relationships

The topic refers to three fundamental axes: the current panorama of family law, the social evolution of families and the concept of damage.

The obstacles of paternal-filial relationships take fundamentally place in two environments: in the sphere of matrimonial crises and in that of the measures of minor's protection. In the case of matrimonial crisis the damage could come from the progenitor who do not hold the custody when breaking the communication and stays duty with the children; from the children themselves that refuses to see the progenitor not holding the custody; or, finally, from the custodial parent that tries to stop the paternal-filial relationships unjustifiably. Within the framework of protection measures to the minor ('ex lege' guardianship and custody) it could be that the authorities could take, unfounded, a decision that blocks the paternal-filial relationships.

It is about determining if the compensation of damages as a consequence of the damages derived from the unjustified obstacles of paternal-filial relationships. The matter should be dealt with supreme care in order not to finding oversized solutions, looking properly for the mechanisms of protection of family relationships.

The questions to resolve are: to) is it possible to go to the art. 1902 DC?; b) is it necessary to apply the rules of the noncompliance of the legal duties? c) is it correct to apply the art. 618.2 PC and in the case of guilty judgement to demand damage recovery based in the art. 109 PC? d) when it is the authority the one that blocks the paternal-filial relationships, is it possible to demand responsibility for normal or abnormal management of the public services?

Key Words: damage (compensation) recovery, paternal-filial relationship, matrimonial crisis, minor´s protection.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO DE FAMILIA.

III. EVOLUCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA.

IV. DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.

V. EJERCICIO DEL DERECHO A MANTENER RELACIONES PATERNO-FILIALES POR PARTE DEL MENOR.

1. El hijo como sujeto activo de las relaciones paterno-filiales.

2. Padres que no se comunican con el hijo.

3. Hijos que no quieren comunicarse con los padres.

A) Rechazo del marco jurídico actual: el denominado «síndrome de alienación parental».

B) Definición del síndrome de alienación parental.

C) Perspectiva de género y connotaciones negativas.

D) ¿Se han buscado las verdaderas causas del rechazo?

E) El síndrome de alienación parental en los Tribunales de Justicia españoles.

VI. POSIBLES SOLUCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS.

1. Incumplimiento justificado del régimen de comunicación y estancias.

2. Incumplimiento injustificado del régimen de comunicación y estancias.

A) Posibilidad de aplicar el artículo 618.2 Código Penal y sus consecuencias.

B) Aplicación del artículo 1902 CC: lectura constitucional del precepto.

C) Posible aplicación de las reglas del incumplimiento de las obligaciones.

a) El derecho de comunicación y estancias de progenitores y abuelos.

b) Naturaleza del derecho de comunicación y estancias.

c) ¿Incumplimiento de una obligación legal?

D) Obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales por parte de las entidades públicas: aplicación del artículo 139 LRJAP.

VII. PANORAMA DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

1. Verdaderos casos de obstaculización en la jurisprudencia italiana.

2. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. Marco de responsabilidad en el Derecho español.

A) Planteamiento doctrinal y jurisprudencial: ¿cabe el rechazo desde la perspectiva del análisis económico del derecho?

B) El Tribunal Supremo admite el resarcimiento de daños en las relaciones paterno-filiales.

C) Requisitos exigibles para la existencia de una obligación de responder.

a) Concurrencia de acción u omisión en la que interviene culpa o negligencia.
b) Concurrencia del daño.
c) Relación de causalidad.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio trata de examinar la procedencia del resarcimiento de daños ante la obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales. El tema pivota sobre tres ejes fundamentales: el panorama actual del derecho de familia, la evolución social de la familia y el concepto de daño. Su exposición resulta fundamental para determinar la posible existencia de una responsabilidad en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

La obstaculización de las relaciones paterno-filiales se produce fundamentalmente en dos ámbitos: en la esfera de las crisis matrimoniales y en la de las medidas de protección del menor. En el primer caso, la obstaculización podría provenir del progenitor no custodio que no cumple su deber de relacionarse con los hijos; lo que entendemos como comunicación y estancias. También puede suceder que el progenitor custodio obstaculice las relaciones produciendo injustificadamente una serie de daños al otro progenitor; o que el hijo se niegue a ver al progenitor.

En el segundo ámbito, es decir, en el marco de las medidas de protección del menor —tutela *ex lege*, guarda y acogimiento de menores— es la Administración la que podría adoptar una decisión que, sin fundamento, obstaculice las relaciones paterno-filiales.

Se trata de un tema que debe tratarse con sumo cuidado, sin apasionamiento, para no caer en soluciones sobredimensionadas, pero sí buscar mecanismos de protección de las relaciones familiares[1].

El punto de partida de esta cuestión es determinar si, con independencia de las medidas de carácter civil o penal que puedan adoptarse para conseguir la efectividad de la aplicación del régimen de comunicación y estancias, cabría la indemnización de daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada de las relaciones paterno-filiales. Es verdad que cuando un juez señala un régimen de comunicación y estancias está imponiendo indirectamente al progenitor custodio una obligación de hacer. Por otra parte, el artículo 160 CC contiene el fundamento del derecho de comunicación y estancias de tal manera que nos encontramos ante una obligación legal.

En principio, para asegurar su ejecución, el artículo 776.2 y 3 LEC establece como consecuencia jurídica que puede derivarse del incumplimiento de la obligación de facilitar la relación del menor con su padre/madre la imposición de multas coercitivas mensuales y la modificación del régimen de guarda y custodia. Finalmente, el incumplimiento doloso del régimen de comunicación y estancias, cierra el círculo de las reacciones jurídicas con el artículo 618 CP.

(1) MARTÍN CASALS, M., «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Ponencia de las Jornadas de la APDC*, abril 2001, p. 31, hace una llamada de atención sobre la aplicación generalizada del Derecho de daños al campo del Derecho de familia.

También hay que pensar que la obstaculización no tiene que venir siempre del progenitor conviviente con los hijos, sino que podría deberse a una decisión equivocada al adoptar la tutela *ex lege* por parte de la entidad pública; o provenir de la familia acogedora.

En aquellos supuestos en los que se ha probado la obstaculización por parte del progenitor conviviente a que el hijo se relacione con el otro progenitor el recurso específico previsto por la ley de acudir a la privación de la patria potestad o al cambio de guarda y custodia no siempre beneficia al menor(2). No hay que perder de vista que se trata de medidas cuyo uso debe ser excepcional y moderado, ya que pueden perjudicar seriamente al menor y han de adoptarse, no tanto desde el punto de vista del sujeto incumplidor, sino teniendo en cuenta el interés y el beneficio del menor.

Una vez más se pone de relieve que «en ocasiones los remedios que se prevén para la resolución de conflictos entre familiares dentro de la normativa reguladora del Derecho de Familia no son los más adecuados en cuanto, aquí se ve claramente, que la protección que otorgan es limitada, incluso en ocasiones perjudicial para el miembro de la familia al que se trata de tutelar(3).

Además, no deben aprovecharse recursos como el pretendido «síndrome de alienación parental» para conseguir soluciones injustas. El recurso en estos supuestos a la vía del resarcimiento contribuirá a evitar los abusos que se están produciendo en torno a la excesiva proliferación de demandas apoyadas en el síndrome de alienación parental.

Hasta ahora la obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales se ha canalizado por una vía equivocada: la aplicación del denominado síndrome de alienación parental.

Sin perjuicio del examen posterior, esta figura y de la justificación de su rechazo, en esta materia las preguntas serían:

a) ¿Es posible acudir al artículo 1902 CC? ¿En qué supuestos?
b) ¿Cabe aplicar las reglas del incumplimiento de las obligaciones legales?
c) ¿Conviene recurrir a la aplicación del artículo 618.2 Código Penal y ante una sentencia de condena exigir el resarcimiento de daños y perjuicios por la vía del artículo 109 CP?
d) Cuando es la Administración Pública la que obstaculiza las relaciones paterno-filiales ¿cabría pensar en la posible aplicación del artículo 139 LRJAP?

El examen de todas estas cuestiones se presenta como fundamental para determinar si realmente procede el resarcimiento de daños y en qué condiciones.

---

(2) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «El derecho de visitas en la reciente praxis judicial», *Westlaw.es*, BIB 1994/92, Aranzadi civil, Volumen 1, Pamplona 1994, p. 5, destaca que sucede con frecuencia que la misma causa que motiva la privación de la patria potestad justifica la supresión o suspensión de este derecho, aunque esta cuestión debe tener en los tribunales una consideración autónoma basada fundamentalmente en el peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo.

(3) La medida de modificar la custodia del menor por obstaculización injustificada podría ser contraria al interés del menor. MARTÍN CASALS, M., Ob. cit., p. 31, señala que el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, en el doble sentido de que a) se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector y b) sólo pueden aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan esa rama del Derecho, ni los objetivos que ésta persigue.

II. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO DE FAMILIA

En los últimos años el Derecho de familia ha sufrido grandes modificaciones que responden a la evolución social de la familia en España. Desde la perspectiva actual cada vez se aprecia más cómo se concede una mayor relevancia a la autonomía individual de los integrantes, reforzando sus derechos individuales, se potencia la libertad e igualdad entre los cónyuges y el desarrollo de la personalidad. De tal forma que, por el hecho de estar casados, los cónyuges no pueden alegar situaciones de privilegio, supremacía o de vínculos de sujeción, sino considerarse particular y singularmente libres, iguales y completamente responsables los unos frente a los otros y frente a terceros(4). Se puede afirmar que existe un abandono progresivo de los privilegios de inmunidad en los daños entre cónyuges porque no hay en la actualidad ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.

En esta línea, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, señala como principios de la reforma del CC en materia de separación y divorcio la libertad, la igualdad, la trascendencia de la autonomía de la voluntad del sujeto familiar y el desarrollo de la personalidad.

Aunque tradicionalmente el Derecho de familia ha sido un espacio reservado en el que el derecho de daños no ha entrado, las Leyes de reforma del Código civil de 1 y 8 de julio de 2005 con la llamada a los principios de igualdad y de libertad permiten ciertamente dar entrada a campos hasta ahora vedados.

III. EVOLUCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA

La evolución del Derecho de familia nos ha llevado, en primer lugar, a la democratización de las relaciones familiares y la aparición de unidades familiares no necesariamente basadas en el matrimonio. En segundo lugar, a la desacralización de los lazos familiares. Finalmente, se ha producido el tránsito de la familia patriarcal a la familia nuclear.

La concepción actual de la familia lleva consigo el planteamiento de un modelo legislativo entendido como formación social que ante todo tutela los derechos de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la persona como eje central de la regulación jurídica de las relaciones familiares.

Como se ha apuntado(5) «frente a la antigua visión de la familia que en cierta medida puede decirse que sacrifica la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una

---

(4) Así lo pone de relieve SCANDURRA, comentando la Sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000 en *Il diritto de famiglia e delle personne*, volumen XXXI, enero-marzo 2002, p. 69.

(5) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», *R.D.Patrimonial,* 2003-1, número 10, p. 69, quien añade: es fácil advertir que hoy no se identifica tanto la familia como una entidad unitaria, estructura familiar jerarquizada caracterizada por el dominio del *pater familias*, cuanto que se pone el acento sobre la autónoma individualidad de cada familiar en el interior del grupo. En particular, la idea de la individualidad de cada cónyuge ha sustituido la antigua idea, típica sobre todo de los ordenamientos anglosajones, de la unidad de los cónyuges.

nueva concepción de la misma en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del Ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia». La familia se presenta como el lugar en el que poder ejercitar los derechos fundamentales como la dignidad, el desarrollo de la personalidad y el recurso a la responsabilidad civil, en este contexto refuerza el principio de igualdad entre los miembros de la familia(6).

Asistimos a la superación de la familia «institución», que ha cedido el paso a una concepción de la familia como «comunidad» de personas; y desde esta perspectiva en el ámbito familiar lo que cuenta en primer lugar son los derechos de las personas que constituyen el núcleo familiar(7). En esta línea, las reformas de 1 y 8 de julio de 2005 reflejan la transición de la regulación de las relaciones familiares como institución a una reglamentación centrada en la protección de los derechos individuales(8).

El panorama expuesto hace pensar en la debilidad del vínculo del matrimonio que, quizás traiga como consecuencia una apertura del camino hacia la aplicación de la responsabilidad civil en el campo del Derecho de familia(9), aunque no de forma indiscriminada. Familia y responsabilidad civil, por la evolución que ha sufrido la institución familiar, cada

---

(6) PARINI, G.A., *La responsabilitá civile nelle relazioni familiari con particolare riguardo al rapporto genitori-figli,* Padova 2009, <paduareseartrch.cab.unipd.it>, destacando que la familia no es el lugar donde sacrificar los derechos singulares de los miembros, sino un lugar privilegiado donde poder ejercitarlos.

(7) La Sentencia de la Corte de Casación italiana de 10 de mayo de 2005, Giurisprudenza italiana abril 2006, c. 693 añade que la familia se configura no ya como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar. En la doctrina SESTA, M., «30 anni di evoluzione del diritto di famiglia e prospettive di reforma» (1975-2005), *www.corsodirittofamiglia.it*, señala cómo los cambios actuales en el derecho de familia encuentran su fundamento en el abandono de la visión institucional de la familia y el creciente reconocimiento de los derechos individuales, que ha comportado su protección más extensa que la de la familia en sí misma considerada.

(8) SESTA, M., *L´illecito endofamiliare nella recente evoluzione giurisprudenciale*, <www.cass.civile.it>.

(9) En este sentido, MURANA, M., *La responsabilità civile nella famiglia*, Catania abril 2007, p. 3 <http://appinter.csm.it>, señala que la concepción de la familia ha sufrido en los últimos 50 años innumerables transformaciones. Se ha pasado de la familia institución con una base jerárquica y autoritaria caracterizada por una suerte de inmunidad, para no dar relevancia externa a hechos ilícitos que se desenvuelven en la esfera interna de la familia, a un modelo constitucional de familia como formación social fundada en los principios de libertad, igualdad y tutela de cada uno de sus miembros. En esta evolución de la noción de familia se inserta la renovada concepción de la responsabilidad aquiliana con las soluciones que ofrece la jurisprudencia en materia de resarcimiento del daño por hecho ilícito extracontractual. En la doctrina española ROCA I TRÍAS, «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid 2000, señala cómo cabe pensar que ha llegado el final de la tradicional inmunidad de que gozaba el ámbito de las relaciones familiares. Por su parte CAÑIZARES LASO, A., Prólogo a la monografía *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los tribunales de justicia* de DÍEZ PICAZO GÍMENEZ, G., y ARANA DE LA FUENTE, I., p. 14, señala cómo tradicionalmente se había prevenido sobre los límites o fronteras que la familia ponía a la entrada del derecho y se había entendido que el incumplimiento de los deberes matrimoniales y familiares, tenia su cauce adecuado de solución en las normas sobre el matrimonio y en las normas sobre patria potestad. Hoy, son cada vez más frecuentes las demandas puras y simples de indemnización de daños y perjuicios en el

vez tienen más puntos de contacto y, a menudo, la indemnización por daños, fundamentalmente morales, se une a los mecanismos de protección del Derecho de familia. El *status familiae* no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable(10).

Por consiguiente, cabe concluir, que tal moderna concepción de la familia permite, en principio, derribar reglas y postulados que durante tanto tiempo han impedido y obstaculizado la normal aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil(11).

IV. DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

El concepto de daño, al igual que el de familia, ha evolucionado y es la realidad social la que en cada momento va determinando su contenido.

Ahora bien, ni las normas reguladoras del Derecho de daños, ni las normas del Derecho de familia resuelven si es posible interponer, con carácter general, una acción de responsabilidad civil por parte de un familiar a otro por el daño causado.

El Derecho de familia mantiene al respecto un silencio, aunque sí prevé unos remedios específicos para hipótesis concretas. Cabría señalar la existencia de tres grupos de casos de daños entre familiares para los que el Código civil contempla remedios particulares:

1. Los daños entre cónyuges o entre padres e hijos. Así tenemos el artículo 97 CC que regula una pensión compensatoria con carácter indemnizatorio en los supuestos de separación y divorcio para el cónyuge que sufre un desequilibrio económico respecto de su situación anterior en el matrimonio. También contamos con el artículo 168 CC que establece la responsabilidad civil de los padres por la pérdida o deterioro, por dolo o culpa grave, de los bienes de los hijos que aquéllos administran. Como se puede apreciar ninguno de ellos se refiere a daños en la esfera personal.
2. Un segundo grupo podríamos centrarlo en el incumplimiento de los deberes conyugales y paterno-filiales. Respecto de los deberes conyugales actualmente ha desaparecido el incumplimiento como causa de separación o divorcio, precisamente amparado en el respeto al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución española que reconoce una mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando no desea seguir vinculado con su cónyuge. Continúa sin embargo, constituyendo causa de desheredación en virtud del artículo 855.1 CC y causa de cesación de la obligación de dar alimentos de acuerdo con el artículo 152.4 CC.

---

seno familiar. Significa esto, muy probablemente, que sociológicamente el vínculo es más débil y que la muralla frente a la entrada del Derecho es menos gruesa y resistente.

(10) PATTI, S., *Famiglia e responsabilitá civile*, Milano 1984, pp. 32 y ss. Respecto de la incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del Derecho de familia puede verse más ampliamente FRACCON, A., «I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», en *Il diritto di famiglia e delle persone,* volumen XXX, enero-marzo 2001, pp. 367 y ss. Concretamente señala que en la familia, como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual.

(11) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Función*…, cit., p. 70.

Por lo que se refiere a los deberes paterno-filiales, el Código también prevé una serie de medidas, distintas al resarcimiento, que normalmente suponen pérdida de derechos para el agente del daño. Así, para el incumplimiento de los deberes paterno-filiales (artículo 154 CC) el artículo 170 CC establece la privación de la patria potestad por sentencia judicial; y si efectivamente se ha dictado sentencia de privación de la patria potestad, el padre o la madre que la sufran pueden ser desheredados por el hijo (artículo 854 CC).

3. Por último, hay un tercer grupo de daños entre cónyuges, convivientes, progenitores o entre padres e hijos, todos ellos relativos a la esfera personal, para los que el Código civil no prevé ningún remedio específico, ninguna forma de resarcimiento u otra medida.

La explicación se encuentra en que estamos ante daños que el legislador de 1889 no podía imaginar que pudieran originarse o reclamarse algún día. Podríamos citar a modo de ejemplo, los daños civiles entre convivientes *more uxorio*, la posible responsabilidad civil de la esposa por los daños materiales y morales ocasionados al marido al que le hace creer que el hijo es matrimonial, siendo del amante, los casos en que los padres transmiten al hijo una enfermedad de carácter hereditario cuya existencia conocen, los daños derivados de la obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales...

Quizás, con un excesivo apasionamiento se ha iniciado una corriente a nivel doctrinal y de jurisprudencia menor que, sin tener en cuenta el tipo de obligación que se incumple y la especial naturaleza de las obligaciones familiares, entiende que todo incumplimiento en este ámbito generaría responsabilidad y, en consecuencia, procedería la indemnización de daños y perjuicios. Así, por ejemplo, está sucediendo respecto del incumplimiento de los deberes matrimoniales, donde se observa que la mayor parte de estudios doctrinales, escasos hasta el momento, parten de una premisa equivocada: que el incumplimiento podría generar responsabilidad, sin determinar las peculiares características de los deberes matrimoniales y sin tener en cuenta que el punto de partida, en su caso, debe ser el daño injusto.

En esta línea, conviene señalar que la mayoría de los daños que se producen en la esfera de las relaciones familiares suelen ser daños morales. De ahí la importancia de determinar certeramente éstos por dos razones fundamentales:

a) No hay que establecer una solución que abra una vía a la introducción de los daños punitivos.

b) En materia de daño moral habrá que decidir qué daños y bajo qué características y condiciones se indemnizan, porque no se debe caer en una aplicación incoherente de la figura en cuestión[12], sino centrarlo en conductas de una especial gravedad.

(12) En este sentido, es importante tener en cuenta las reflexiones que lleva a cabo DÍEZ PICAZO, L., en *El escándalo del daño moral*, Pamplona 2008, pp. 59 y ss., recordando, en la línea de Pantaleón, que en nuestro Derecho «en el que la lesión de un derecho subjetivo no es un requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual, no cabe predicar que estas cumplan una función de reintegración de los derechos subjetivos lesionados».

V. EJERCICIO DEL DERECHO A MANTENER RELACIONES PATERNO-FILIALES POR PARTE DEL MENOR

1. El hijo como sujeto activo de las relaciones paterno-filiales

Además de en las normas contenidas en el Código civil, el reconocimiento y respeto del derecho a mantener la comunicación con ambos progenitores se encuentra en los artículos 9.3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, cuando establecen que «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 interés superior del niño». Estos textos apoyan la idea de que el papel del progenitor no conviviente no debe limitarse a «visitar» al hijo, sino que debe tener una participación activa en su formación integral.

Existe, por tanto, un derecho subjetivo del niño a mantener la adecuada comunicación con sus progenitores y un derecho-deber o derecho-función del progenitor no conviviente al ejercicio del régimen de comunicación y estancias, cuyo contenido no se agota en un tiempo material de estancia, sino que incluye el deber de velar por el menor, alimentarlo, asistirlo, educarlo... en los términos del artículo 154 CC. Como se ha señalado[13], «lo que diferencia esencialmente al progenitor custodio del progenitor visitador, no son tanto las funciones como los tiempos de estancia del menor en su compañía».

Este derecho no es absoluto «pues en la materia prima el interés superior del menor de manera tal que si su ejercicio pone en riesgo la integridad o salud psicofísica o moral del menor, la comunicación deberá ser interrumpida»[14]; o, en su caso, restringida.

El principio del interés del menor, contenido en los artículos 154 CC y 2 LO de protección jurídica del menor «es particularmente significativo en el discernimiento de qué comportamientos lesivos paternos pueden ser resarcibles»[15]. Al respecto, ROCA I TRÍAS[16] se plantea cómo se materializa este principio y señala como único contenido posible su ligazón con los derechos fundamentales del menor. De ahí que se haya puesto de relieve que «el criterio del interés del menor será un criterio crucial para resolver un posible conflicto de responsabilidad civil entre el padre dañante y el hijo víctima: el juez deberá examinar si el progenitor no ha ejercido, en el caso concreto, la patria potestad en interés del menor y, por consiguiente, si la conducta del progenitor ha conculcado un derecho fundamental del hijo»[17].

---

(13) En este sentido, se pronuncia CASO SEÑAL, M., en «¿Qué razones jurídicas avalan la concesión de una custodia compartida por ambos progenitores*?», RJ Sepín, Persona y Familia,* diciembre 2004, núm. 39, p. 9.

(14) MEDINA, G., «Daños y perjuicios derivados de la obstaculización injustificada del derecho de visita por parte del progenitor custodio», <www.gracielamedina.com>.

(15) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales,* Madrid, 2009, p. 93.

(16) ROCA I TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona),* Cuadernos Cívitas, Madrid, 1999, p. 127.

(17) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad*..., cit., p. 92.

Sin perjuicio de profundizar en la idea de interés del menor, tal y como se vienen entendiendo en los tribunales, es importante destacar cómo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008[18] determina ante el caso concreto la materialización del *favor filii*. En el supuesto de dicha sentencia, ante el cambio de sexo del padre, el Tribunal Constitucional puso de relieve que «en principio la orientación sexual del progenitor, con su marcada tendencia a la feminización, ha de ser indiferente en relación con el derecho de visitas y las relaciones paterno-filiales establecidas en su día, por lo que no cabría suspender, suprimir o limitar el ejercicio del derecho de comunicación basándose solamente en la transexualidad del padre no custodio». Ahora bien, la restricción, que en este caso se impuso al régimen de comunicación y estancias, como resultado de una demanda de modificación de medidas definitivas, no se impuso por la transexualidad del progenitor, sino por la inestabilidad emocional por la que atravesó el padre debido a sus transformaciones tanto físicas como psicológicas, lo que repercutió en la estabilidad emocional y afectiva del hijo de 6 años, dada su edad y etapa evolutiva. En definitiva, «puede suceder que el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales o inherentes a los progenitores afecte, de alguna manera, al desenvolvimiento de las relaciones paterno-filiales, repercutiendo de forma negativa en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, por lo que hay que entender que será el principio del *favor filii* —es decir, el interés del menor, su beneficio, su bienestar— el prioritario, debiendo producirse un sacrificio de los derechos de los progenitores, o de uno solo de ellos, en aras del mayor bienestar del hijo»[19].

Pero además, la protección jurídica del menor se plasma también en disposiciones de la legislación procesal, penal, laboral y administrativa, porque «se entiende que preservar los procesos de formación y desarrollo de la personalidad del menor es tarea en la que está empeñado el interés de todos. Por ello aparecen instituciones y planteamientos de marcado carácter publicista, nucleados en torno al principio de que el menor es sujeto necesitado en todos los ámbitos de una protección jurídica singular»[20].

2. Padres que no se comunican con el hijo

Conviene poner de relieve, en primer lugar, que la comunicación y estancias que mantiene el progenitor no custodio con el hijo tradicionalmente se ha denominado «derecho de visitas». Sin embargo, dadas las connotaciones peyorativas y discriminatorias frente al otro progenitor, la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha suprimido la referencia al término «visitas», sustituyéndolo por el de comunicaciones y estancias con el hijo menor. De todas formas, seguimos encontrando en los tribunales la referencia al régimen de visitas.

La mención derecho de visitas no corresponde realmente a su contenido, ya que cuando se trata de crisis matrimoniales el progenitor no conviviente con los hijos conserva la

(18) La Sentencia del Tribunal Constitucional puede verse comentada en ROMERO COLOMA. A.M., «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas», *Diario La Ley,* núm. 7471, Sección Tribuna, 20 de septiembre de 2010, en cuyos comentarios nos apoyamos.

(19) ROMERO COLOMA, A.M., Ob. cit., *Diario La Ley*, núm. 7471.

(20) VARGAS CABREIRA, B., «Delitos contra los intereses de los menores. Especial consideración del abandono de familia», <www.cej.justicia.es>, p. 1738.

titularidad de la patria potestad con todo lo que esto supone; en definitiva, engloba la relación con el menor, participando en la educación y formación[21].

Existen casos en la actualidad en la que el progenitor no conviviente con el hijo no cumple el régimen de comunicación y estancias, acordado por convenio o sentencia de separación o divorcio. Con independencia de la tipificación penal del incumplimiento del régimen de visitas[22] y de otras medidas previstas en el Ordenamiento jurídico —imposición de multas coercitivas (artículos 699, 709 y 776.2 LEC) y apercibimiento de modificación del régimen de guarda en casos de incumplimiento reiterado de la obligación (artículo 776.3 LEC)— el planteamiento sería si ante su incumplimiento porque no se lleva a los niños, no los recoge cuando le toca... cabría, en primer lugar, la aplicación del artículo 1902 CC. Las razones podrían ser dos, fundamentalmente: la primera es que medidas como un cambio de guarda y custodia o, en este caso, una privación de la patria potestad, aplicadas con cierto automatismo podrían no respetar el interés del menor[23]; la segunda razón estriba en que «la posibilidad de verse condenado a un resarcimiento de daños y perjuicios empuja al sujeto a evitar cometer determinados ilícitos; y se debe observar cómo, mientras para el pago de las sanciones administrativas pecuniarias el legislador ha previsto un límite máximo del montante de la sanción con el fin de frenar el poder discrecional del juez, para las medidas resarcitorias el legislador no marca ningún límite»[24].

Se trata en estos casos de una conducta omisiva que, en concurrencia con los demás requisitos del artículo 1902 CC podría generar responsabilidad. La omisión «es todo comportamiento que el agente debía realizar en las circunstancias en que se ha producido el evento y no lo ha hecho»[25]; o, en palabras del Tribunal Supremo, «la omisión es una abstención con la intención de dañar, independientemente de que esta abstención contradiga o no una norma previa impuesta por la ley»[26]. En esta materia «es el principio general *alterum non laedere* el que debe inspirar la interpretación que se haga de la omisión ya que todos tenemos una serie de deberes, que nos obligan a comportarnos respecto de terceros de forma que no les causemos daños»[27]. Además, el progenitor que no cumple sabe que perjudica al hijo porque este derecho-deber se le ha concedido en beneficio del menor y no es un derecho cuyo ejercicio quede a disposición o discreción del titular-beneficiario, sino que el hecho de no ejercitarlo supone incumplir el deber jurídico que de forma inseparable acompaña a su condición de derecho. Se trata de una función pensada en beneficio del hijo,

---

(21) Sobre la distinción entre el régimen de visitas y el régimen de custodia es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 30 de marzo de 2007.

(22) Artículo 618.2 Código Penal: el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

(23) En este sentido, se pronuncia PÉREZ MARTÍN, A.J., «Artículo 776 LEC», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil,* Tomo IV, dirigido por L. NAVARRETE, Valladolid, 2000, p. 4158.

(24) PARINI, G.A., Ob. cit., p. 262.

(25) ROCA I TRÍAS, E., *Derecho de daños,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 58.

(26) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1991, 1991/4633.

(27) MORENO VELASCO, V., «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, núm. 7163, 28 de abril de 2009.

en su interés, en cuanto principio que ha de regir las relaciones familiares, por lo que no cabe duda que se deba atender, asimismo, a su faceta como deber del progenitor.

De ahí que, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de febrero de 2008[28] «el régimen de visitas se considera no sólo como un derecho de los padres sino como un derecho de los hijos menores que necesitan estar con ambos progenitores para su formación integral». De hecho, cuando el Código penal castiga en el artículo 618.2 «el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio o resolución judicial» cuida de determinar que se trata de obligaciones a favor de los hijos, es decir, cuyos sujetos activos en el cumplimiento son los padres y cuyos beneficiarios son los hijos.

Además, lo fundamental es determinar si genera daños al hijo «porque se está lesionando un derecho subjetivo de éste, que es precisamente el derecho a comunicarse y estar con el progenitor; pero también la integridad psíquica del niño, ya que el mantener contactos y relación con los progenitores es indispensable para su formación como persona, para su equilibrio psíquico y afectivo. De la lesión de tales derechos, sin duda, derivan daños morales para el menor, en concreto a su integridad psíquica. Por tanto, el resarcimiento de daños al amparo del artículo 1902 CC es una medida que puede solicitarse por el menor frente a su otro progenitor, con independencia de que además puedan acordarse por el juez las medidas previstas en el artículo 94 CC»[29].

También perjudica al otro progenitor produciéndole más difícilmente daños morales, pero sí desde luego patrimoniales; por ejemplo, sueldo de un canguro, cancelaciones de viajes o eventos, gastos de desplazamiento previstos en esas fechas...

En el supuesto de que se generaran daños morales, serán normalmente respecto del hijo y no existe ningún inconveniente para que se indemnicen, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 1902 CC.

El panorama en los tribunales va desde la negación a una tímida admisión de la aplicación del artículo 1902 CC a estos casos. Así, mientras la Audiencia de Madrid[30], respecto de los daños materiales presuntamente causados al progenitor custodio mantiene la imposibilidad de mercantilizar obligaciones y derechos que son personalísimos y que, en caso de incumplimiento, tienen su propia respuesta, otras Audiencias como las de Málaga y Barcelona[31] establecen indemnizaciones por los gastos de la atención a los menores en

---

(28) (*JUR* 2008/207917). En contra, la SAP de Madrid de 4 de mayo de 2010 (*JUR* 217/2010), en un posible supuesto de aplicación del artículo 618.2 CP señala: «se contempla el régimen de visitas como el ejercicio de un derecho para el progenitor no custodio, no como una imposición u obligación cuyo incumplimiento por parte del mismo genere una responsabilidad con relevancia penal». A mi juicio, la sentencia olvida que prima la condición de deber-función en beneficio del hijo al carácter de derecho que pueda tener el régimen de visitas. El cumplimiento de las funciones que derivan de la patria potestad no puede dejarse al arbitrio de los progenitores, teniendo en cuenta, además, que el régimen de comunicación y estancias vendrá determinado en un convenio regulador aprobado judicialmente o en una sentencia.

(29) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La responsabilidad*..., cit., p. 273.

(30) Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de febrero de 1993 y STS 13 de febrero de 1998, Recurso 655/1997. En el mismo sentido, Sentencia Audiencia Provincial de Murcia de 30 enero 2001, La Ley 25000/2001

(31) Sentencia Audiencia Provincial de Málaga de 17 de marzo de 1999, núm. 167/1999, Rec. 1354/1997, que establece una indemnización a la madre por haberse hecho cargo en horas nocturnas de los hijos menores cuando le correspondía al padre. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de junio de 2005, La Ley 134391/2005,

el periodo que le correspondía al otro progenitor. Como se ha señalado «la argumentación en la que se basa la negativa es bastante débil porque, ¿no es mercantil la respuesta del artículo 776.2 LEC que establece multas coercitivas en caso de incumplimiento?; ¿no es más justo y razonable que se indemnice al progenitor en los perjuicios sufridos por la acción u omisión del otro progenitor?

Resulta contradictorio defender que no se quiere mercantilizar el problema y que debe ser resuelto en la dinámica de la íntima relación familiar y mantener al mismo tiempo la posibilidad de establecer multas coercitivas a favor del Estado, que en nada benefician al cónyuge que ha sufrido el daño»(32).

La solución del resarcimiento, además, podría también tener cabida en el artículo 709.3 LEC cuando señala que además de las multas coercitivas podrá solicitarse «cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal».

Algún autor(33), mostrándose partidario de la indemnización, sugiere que esta posibilidad debería ser prevista en convenio regulador cuando se trata de separación o divorcio de mutuo acuerdo; cuando estamos ante una separación o divorcio contenciosos, debería preverse en la propia demanda y, en concreto, en el otrosí de ésta.

Finalmente, en los supuestos en que el progenitor incurra en la conducta tipificada en el artículo 618.2 CP(34), podría pensarse en la exigencia de una responsabilidad civil por la vía del artículo 109 CP que contempla esta posibilidad en los siguientes términos: «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil». Hay que tener en cuenta, que a partir de la reforma 15/2003 llevada a cabo en el Código Penal los progenitores que no acudan a recoger a los hijos, en cumplimiento del régimen de comunicación y estancias fijado, incurren en una falta de desobediencia subsumible en el artículo 618.2, por lo que si se denuncia, el denunciado deberá ser juzgado y consecuentemente podrá ser

---

en la que se condena al padre a pagar a la madre 6 euros diarios por la manutención de cada menor, más los gastos derivados de la contratación de una canguro para atender a los menores durante el mes de vacaciones que le correspondía al padre. Esta sentencia señala que «en lo que respecta a los gastos derivados de la canguro *au pair* que ha atendido al cuidado de los menores durante el periodo vacacional que debían haber estado con el padre, en el normal desarrollo del régimen de visitas, no cumplimentado por el mismo, entiende la Sala que tales dispendios han de ser soportados por el progenitor incumplidor, dado que a él es tan sólo imputable la necesidad de que los menores fueran atendidos y cuidados por la canguro, sobre todo cuando tal colaboración se hacía necesaria, dado el trabajo de la madre y la imposibilidad de dejar todos los días a los menores bajo el cuidado de los abuelos maternos». Ante el incumplimiento del padre la Sala consideró que los gastos patrimoniales generados por dicho incumplimiento debía asumirlos el padre.

(32) En este sentido, se pronuncia MORENO VELASCO, V., *Diario La Ley,* 28 de abril de 2009, núm. 7163.

(33) ROMERO COLOMA, A., Ob. cit., p. 167.

(34) Este precepto, como señala MAGRO SERVET, V., «El incumplimiento del régimen de visitas en la reforma del Código penal por Ley 15/2003, de 25 de noviembre», *La Ley*, núm. 5956, martes 17 de febrero de 2004, incluye en el incumplimiento de obligaciones familiares, el relativo al régimen de visitas en su modalidad de falta. También cabría la aplicación del artículo 622 CP, que regula la infracción del régimen de custodia de los hijos establecido por la autoridad judicial o administrativa, precepto aplicable al progenitor que no tiene la custodia e infringe el régimen de custodia atribuido al otro progenitor.

condenado[35]. Este precepto castiga expresamente los incumplimientos del régimen de comunicación y estancias sin necesidad de que el afectado tenga que acudir primeramente al Juez civil para que requiera a la otra parte a que cumpla con el contenido de la sentencia. Ello además, causa perjuicios, aunque de distinta índole, al otro progenitor y al hijo.

3. Hijos que no quieren comunicarse con los padres

A) Rechazo del marco jurídico actual: el denominado «síndrome de alienación parental»

El recurso indiscriminado al denominado «síndrome de alienación parental» es un mal que viene apareciendo desde el año 2002 en algunas resoluciones judiciales y que se utiliza, en ciertos casos, como motivo para quitar la guarda y custodia, generalmente a la madre, con lo que se produce un fraude de ley y tiene unas víctimas muy claras: el menor y el progenitor al que se le quita la guarda y custodia.

B) Definición del síndrome de alienación parental

Para determinar la correcta o no aplicación de esta figura cuando los hijos no quieren ser visitados por los padres conviene examinar el origen del término y su contenido, ya que cada vez aparecen con más frecuencia fallos judiciales en el campo civil basados en el denominado «síndrome de alienación temporal» con un trasfondo sospechoso.

RICHARD A. GARDNER[36], doctor en psiquiatría, que se autopublicó su obra, fue el que construyó el síndrome de alienación parental como consecuencia de su experiencia profesional y para argumentar en juicios de separación y divorcio contra el cónyuge —mayoritariamente mujer— que, en este ámbito, manifestara que sus hijos o hijas habían sido víctimas de abusos sexuales. Los menores objeto de manipulación tendrían, por ello, un rechazo a querer relacionarse con el progenitor no custodio, generalmente el padre. GARDNER valoraba aquellas manifestaciones como falsedades de quien las formulaba (partía, por tanto, de una premisa falsa: la existencia de una alta tasa de acusaciones falsas en casos de custodia, por parte del cónyuge titular de ésta) lo etiquetaba como cónyuge manipulador y sugería como medidas para solucionar el tema:

a) el cambio de guarda y custodia,

b) la suspensión de visitas al manipulador,

c) someter al menor a terapia coactiva para desprogramarle.

Hay que señalar que las dos instituciones más relevantes en materia de Salud y trastornos mentales, la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Americana de Psi-

(35) En este sentido, puede verse la SAP de Cádiz de 30 de abril de 2007, Sección cuarta, Sentencia núm. 129/2007.

(36) La documentación está tomada de la Ponencia de la Magistrada del CGPJ y jefa de la Sección del observatorio contra la violencia doméstica y de género, Dña. Paloma Marín, sobre Síndrome de Alienación Parental llevada a cabo el 5 de noviembre de 2009, sobre «Las resistencias a la aplicación de la Ley Integral. El supuesto SAP y su proyección en los tribunales», <www.icava.org>.

cología aún no reconocen su existencia; es decir, no se trata de una categoría diagnóstica clínica. En términos parecidos, la Asociación Española de Neuropsiquiatría en marzo de 2010[37] se ha pronunciado en contra del uso clínico y legal del síndrome de alienación parental, porque supone un intento de medicalizar lo que, a su juicio, es una lucha de poder por la custodia. Además, señala los graves riesgos que entraña su aplicación en sede judicial y justifica el éxito que ha tenido el término en el campo judicial: «se da una respuesta simplista, un grave problema que satura los Juzgados de Familia, facilitando argumentos pseudos-científicos a los abogados de aquellos progenitores litigantes por la custodia de sus hijos».

Por otro lado, GARDNER al autopublicar su obra no sometió su teoría a un proceso de revisión por parte de la comunidad científica. El citado doctor expresaba, a menudo, su desdén por los profesionales dedicados al maltrato infantil tachándolos de «validadores» y señalando que la codicia y el deseo de éstos de aumentar su negocio provocaban algunas denuncias de abusos sexuales; también especulaba que madres y profesionales por igual hacían falsas acusaciones, porque «todos tenemos algo de pedofilia en nuestro interior»[38].

Finalmente, definió el síndrome de alienación parental (SAP) como «un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo. Cuando un maltrato/abuso sexual está realmente presente, la animosidad puede estar justificada y en este caso la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable»[39].

C) Perspectiva de género y connotaciones negativas

La aparición del síndrome de alienación parental en sede judicial ha cobrado carta de naturaleza con unas connotaciones negativas en la medida en que se constata que:

a) Está siendo usado para culpar a la mujer de los miedos y angustias, en muchos casos razonables, del menor hacia padres violentos. Se puede apreciar que, tras situaciones de separación y divorcio en las que han mediado además condenas por maltrato, el síndrome de alienación parental se alega poco tiempo después de negarse el menor a ver al progenitor maltratador. Además, el síndrome de alienación

---

(37) <www.aen.es>, Sesión de la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría de 25 de marzo de 2010.

(38) La referencia está tomada de RIVERA RAGLAND, E. y FIELDS, H., *Síndrome de alienación parental: lo que los profesionales deben saber,* Asociación Nacional de Fiscales de EEUU, Volumen 16, núm. 6, 2003, p. 4, quienes señalan que GARDNER escribió en 1991: «cada vez que los acusadores hacen una acusación, es probable que estén formando en su interior una imagen visual del encuentro sexual. Con cada repetición mental, los acusadores satisfacen el deseo de que les hagan partícipes en las actividades en las cuales los perpetradores están involucrados en su imaginería visual», <www.rgardner.com/refs/ar12.htlm>.

(39) GARDNER, R.A., «Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces», *Court Review*, 1991, 28, 1, pp. 14-21.

parental se convierte en un arma de litigio para el progenitor acusado de denuncias de abusos sexuales a niños, con el fin de desacreditar la validación de dichas denuncias construyendo un ataque contra el progenitor inductor(40).

b) Se utiliza para minimizar la violencia contra las mujeres, para minar su credibilidad y para seguir ejerciendo dicha violencia a través de los hijos.

c) Sirve para enfrentarse a cualquier norma o práctica que permita un avance en el disfrute de los derechos de la mujer(41).

d) Resulta también un mecanismo para solicitar un cambio de guarda y custodia, que a su vez se proyecta sobre la atribución del uso de la vivienda y la percepción de alimentos en las situaciones de crisis familiar. Por ello, no hay que dejar de lado que el alcance no es sólo personal sino económico y este último puede estar modulando el comportamiento del que lo alega.

e) No se da en similares proporciones en hombres que en mujeres. Curiosamente, son mucho más numerosas las sentencias en las que el síndrome de alienación parental es alegado por el padre que por la madre.

f) La denegación del síndrome de alienación parental por parte de los tribunales de justicia está propiciando una incorrecta, a mi juicio, alegación del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación por razón de sexo(42).

Cabrá entonces plantearse hasta qué punto el recurso al síndrome de alienación parental puede amenazar la seguridad del sistema judicial. Por otra parte, se observa que se recurre a esta figura en supuestos de padres que han ejercido violencia contra la madre y/o los hijos, cuando lo que debería establecerse respecto de aquéllos es una suspensión o

---

(40) En este sentido, RIVERA RAGLAND, E., y FIELDS, H., *Síndrome de alienación parental: lo que los profesionales deben saber,* Asociación Nacional de Fiscales de EEUU, Volumen 16, núm. 6, 2003.

(41) Reflexión realizada por la Magistrada del CGPJ Dña. Paloma Marín en su Ponencia sobre Síndrome de Alienación Parental llevada a cabo el 5 de noviembre de 2009, sobre «Las resistencias a la aplicación de la Ley Integral. El supuesto SAP y su proyección en los tribunales», a la vista de la lectura de unas 200 resoluciones judiciales correspondientes a las Audiencias Provinciales dictadas en el periodo 2002-2009. En concreto señala cómo este término se ha colado en las resoluciones judiciales de Tribunales españoles al menos desde 2002 y constituye en todo caso, una manifestación de resistencia frente a la afirmación de efectividad de los derechos de las mujeres. Se incardina en el sistema de respuesta organizada por los que combaten los avances hacia la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

(42) MARÍN, P., *Ponencia*..., cit., p. 5, señala cómo se comienza a percibir esta específica alegación por parte de los progenitores cuando su alegación de que la madre ha manipulado a los menores contra ellos, provocándoles un síndrome de alienación parental, no alcanza el resultado deseado. Así sucede en un proceso en que por parte del padre se pretendía obtener, al socaire de un pretendido ejercicio del derecho de rectificación, la publicación en un medio de comunicación de su posición contraria a la noticia previamente publicada en el medio, en la que se informaba que una madre se enfrentaba a la condena de 9 meses de prisión por un presunto delito de desobediencia judicial y en la que se cuestionaba el SAP, tildado de «entelequia» según sostienen reputados psiquiatras y psicólogos, construida por medio de falacias para usarlo como terapia de la amenaza. El demandante, además, pretendía que se le publicasen sus propias argumentaciones y opiniones. No conseguido su propósito, inicia la vía judicial, llegando, tras ver rechazadas sus pretensiones, a la Audiencia Provincial, alegando, entre otros extremos, discriminación por razón de sexo, entendiendo que la periodista no había contrastado «la información por ser hombre». La SAP de Segovia, Secc. 1.ª, de 4 de junio de 2009. desestima el motivo tanto por no haber sido objeto alegación en la instancia ni haberse manifestado su relación con la acción ejercitada. como por la obviedad de que las afirmaciones de una persona no son susceptibles de rectificación.

privación de la patria potestad o una restricción del régimen de comunicación y estancias, dadas las características del supuesto de hecho en cuestión.

Aunque las medidas deben tomarse en beneficio del menor y en términos generales no conviene privar a un hijo de la posibilidad de relacionarse con los padres, en estos casos, probablemente lo exija el interés del menor. En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 señala refiriéndose a la medida cautelar de suspensión del régimen de visitas, que «más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que, en ocasiones, deberá suspenderse; en otras, limitarse; y, en otras, establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda al hecho de que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer»[(43)].

Es verdad que el simple dato de que concurra un proceso penal por violencia de género no debe automáticamente provocar la suspensión del régimen de visitas, porque se han de acreditar otras circunstancias que evidencien el perjuicio para el menor, para, de esta forma, evitar consecuencias más perjudiciales en supuestos en los que posteriormente se absuelve al imputado. De ahí que la doctrina[(44)] proponga utilizar los dos medios de prueba que el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil ponen en manos del juez:

1) La exploración de los menores que tiene por finalidad escuchar al menor sobre las medidas de carácter personal que se van a tomar. Esta medida prevista en el artículo 770.4 LEC viene concretada a los menores que tuvieran suficiente juicio o, en todo caso, si fueran mayores de doce años, siempre que se estime necesario. No deberá aplicarse como regla general, sino cuando no se disponga de medios suficientes.

2) El informe psicosocial como medio que resulta útil, no como norma general, sino cuando existe un conflicto entre los menores y los progenitores, o cuando éstos adolecen de capacidad necesaria para el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones filiales. En definitiva, se plantea como un medio para evitar un perjuicio al menor.

D) ¿Se han buscado las verdaderas causas del rechazo?

Cuando un menor presenta una conducta de rechazo al progenitor no conviviente debe analizarse si ésta trae causa en situaciones previas a la ruptura de la convivencia de los progenitores.

En ocasiones se constata que al poco tiempo de la separación o del divorcio el hijo manifiesta un rechazo al padre. Es evidente que resulta muy difícil manipular en tan poco

(43) Puede verse más ampliamente, GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., «Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, núm. 7480, 1 de octubre de 2010, sección doctrina.

(44) Seguimos el planteamiento de GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., Ob. Cit., p. 13.

tiempo a un menor y destruir los lazos afectivos que durante el tiempo de convivencia se han establecido en la relación paterno-filial. Por otra parte, parece excesivo pedir a un hijo que asimile una separación o divorcio en un tiempo breve, cuando los adultos pueden tardar años en asimilarla totalmente.

En los supuestos en los que ha existido una situación de violencia de género o malos tratos a los hijos, ¿cómo va a hablarse de síndrome de alienación parental si el menor ha sido víctima y/o testigo de la violencia? En este sentido, se pone de relieve cómo «la práctica forense evidencia que los malos tratos se prolongan en el tiempo a través del ejercicio del régimen de visitas, llegando a afectar también a los menores, quienes, según manifestaba la Exposición de motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se convierten en víctimas directas o indirectas de la violencia»(45).

Habrá, por tanto, que analizar no sólo la situación de negativa de un menor a ver al progenitor no conviviente, sino también las circunstancias en las que se produjo la desestructuración, porque se observa que en muchos casos el problema lo creó el mismo progenitor durante el tiempo de convivencia. De ahí la reflexión de que «si el menor no quiere ir con su padre, en vez de echarle la culpa a la madre, hay que investigar las causas. En EEUU se comprobó que detrás de muchos niños a los que se achacó síndrome de alienación parental, lo que había era miedo a los abusos sexuales de su padre»(46).

Y es que los conflictos en el régimen de comunicación y estancias y el rechazo por parte de los hijos pueden aparecer por muy diversas causas. Entre ellas cabría señalar(47):

— Un divorcio que trae causa en una falta de relación afectiva por parte del progenitor no conviviente con el hijo.

— Desacuerdos sobre el cuidado de los hijos que han sido contenido importante de la ruptura.

— Conflicto generado por un cambio radical en el estilo de vida de uno de los padres.

— Incidencia notable de las cuestiones económicas.

— Irresponsabilidad crónica de uno de los padres.

— Divorcios en los que existe un alto nivel de conflicto inter-parental y/o una falta de concordancia respecto a la decisión de separarse.

— Batalla por la custodia de los hijos.

— Psicopatologías de uno de los progenitores que interfieren con su actividad parental, progenitor excesivamente rígido o controlador, alcoholismo o cualquier otra dificultad personal seria.

---

(45) En este sentido se pronuncia, GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., Ob. cit., p. 11.

(46) Entrevista a María Martín González, Letrada y Presidenta de la Coordinadora Estatal de Mujeres Abogadas, Avilés, mayo de 2008, <www.ciudaddemujeres.com>.

(47) Se sigue el planteamiento de BOLAÑOS CARTUJO, I., Ob. cit., p. 17

— Déficit en las habilidades del progenitor que no tiene la custodia y que se encuentra tras la ruptura teniendo que establecer una nueva relación con ellos, sin la presencia de la otra parte.
— Conducta oposicionista en preadolescentes y adolescentes que se considera algo evolutivamente normal.
— Situaciones de abusos físicos o sexuales.

En definitiva, existen múltiples factores que influyen en la aparición de conflictos en el régimen de comunicación y estancias.

Por otra parte, si la comunicación con ambos padres es en beneficio del menor, surgen enseguida una serie de cuestiones: ¿debe llevarse aquélla hasta los últimos extremos?; ¿no deberá tenerse presente que «en todo caso» ha de tratarse de una medida que beneficie al menor?; ¿en cuántos casos con una situación probada de violencia se acuerda la suspensión de las visitas?; ¿no estaremos convirtiendo el sujeto de las visitas en objeto de éstas?; ¿habrá que recordar que el derecho de comunicación y estancias se establece en interés del menor y aunque no está a su disposición no es un derecho que se pueda imponer coactivamente?(48).

Finalmente, desde un punto de vista objetivo, se deben poner de relieve supuestos de denuncias de abusos deshonestos a las hijas, que resultan ser falsas y que, aunque son minoritarias, han sido interpuestas por la mujer para conseguir mejores condiciones de cara a las medidas que se adoptan como consecuencia de la separación o del divorcio. Habrá que pensar también en la estigmatización de verse acusado de maltratador y ser luego absuelto tras sufrir un daño moral irreparable.

Sin embargo, estos supuestos no deben ser utilizados para crear un producto (síndrome de alienación parental) al servicio de sectores que se oponen al avance de la mujer, porque el verdadero problema es la negativa utilización de la Ley de Violencia de Género «para preconstituir situaciones de custodia, que arrastran el resto de medidas, como el uso de la vivienda familiar y los alimentos»(49).

La jurisprudencia menor se muestra vacilante en este tema, ya que mientras algunas Audiencias consideran que en los casos de condenas firmes por lesiones al hijo o a la madre debe suspenderse o restringirse el régimen de visitas, otras decisiones judiciales no

---

(48) En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., Ob. cit., p. 7, señala cuál es el papel de la voluntad del menor visitado; papel que gira en torno a los siguientes pivotes:

a) El primero es la idea de que el derecho de visita, que se establece en interés del menor, no está a disposición del mismo menor, de forma que no se puede confundir la voluntad del menor con su interés objetivo.
b) El segundo es la idea de que, pese a lo anterior (y en íntima conexión con ello) no es éste un derecho cuya práctica pueda ser coactivamente impuesta a los menores, ya que ello sería contraproducente en relación con las finalidades a que tiende la propia figura.

Nunca pueden ser obligados contra su voluntad a someterse a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello produciría efectos contrarios a los pretendidos por la ley de obtener un mejor grado de compenetración y mejora de las relaciones afectivas.

(49) NIÑEROLA GIMÉNEZ, I., «El juez Serrano y la violencia doméstica», *Las Provincias*, 24 de marzo de 2010, p. 20, quien además, señala la necesidad de eliminar las cuestiones civiles de los Juzgados de Violencia porque no tiene sentido que el Juzgado que conoce de Violencia tramite una separación, un divorcio y una liquidación de bienes.

consideran que la concurrencia de condenas por malos tratos, sea suficiente para suprimirlo o restringirlo.

E) El síndrome de alienación parental en los Tribunales de Justicia españoles

El fenómeno aparece en los tribunales civiles, como se ha señalado, hacia el año 2002 y ha proliferado de forma alarmante en todas las instancias judiciales.

Conviene destacar, sin embargo, cómo algunas decisiones judiciales ya advierten de las consecuencias negativas de la aplicación de la figura en cuestión.

En este sentido cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 27 de marzo de 2008[50]. La AP absuelve a la acusada, madre de un menor, del delito de desobediencia por el que había sido condenada en instancia a la pena de un año de prisión, por entender que ésta había incumplido el régimen de comunicación y estancias judicialmente acordado en perjuicio del progenitor del menor. La Audiencia observó que en la sentencia condenatoria se había llegado a la conclusión de que la falta de asistencia del menor a los puntos de encuentro acordados, para dar cumplimiento al régimen de comunicación y estancias, era producto de la manipulación ejercida por la madre sobre el hijo, el cual estaba afectado, según el tribunal de instancia y sin mención concreta a prueba pericial que lo mantenga, por el denominado «síndrome de alineación parental».

---

(50) <www.iustel.com>, «Diario del Derecho», Edición de 4 de septiembre de 2008. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de diciembre de 2008, Sent. núm. 607/2008, ARP 2009/531 en la que se rechaza el síndrome de alienación parental con los siguientes argumentos: partiendo del informe de los equipos psicosociales, el recurso dedica importante extensión de sus alegaciones probatorias al supuesto hecho de que los hijos del matrimonio padezcan el llamado «síndrome de alienación parental», inducido por la denunciante; tal como se afirma en dicho informe y también, aunque con la reiterada forma de «alineación», en el elaborado por el equipo psicosocial de los Juzgados de Familia en un proceso iniciado por los padres del acusado y cuyo autor es el mismo psicólogo que suscribe el informe analizado más arriba en el apartado 2, al que la defensa, otorga mayor o menor credibilidad según coincida o no con sus propios intereses... En realidad, tal énfasis en el pretendido síndrome padecido por los hijos del matrimonio sólo se explica como argumento para desacreditar el testimonio inculpatorio de la denunciante; en la causa penal ha declarado el hijo mayor, que, a sus diecinueve años en la fecha del juicio, era ya lo bastante adulto como para descartar que su testimonio pueda verse determinado por ninguna así llamada «alienación parental». Así las cosas, el Tribunal no considera necesario pronunciarse en términos generales sobre ese pretendido síndrome al que tanta importancia da la defensa y que constituye, como reconocen los propios peritos, una categoría sujeta a una «gran controversia». El fundamento segundo expresa adecuadamente cuál es la *communis opinio* de la comunidad científica sobre el pretendido trastorno, cerca ya de un cuarto de siglo después de que el concepto fuera acuñado por GARDNER.

Sí merece la pena detenerse a señalar que el propio GARDNER se vio obligado a añadir a su definición inicial del pretendido síndrome una cláusula final, a modo de criterio negativo de diagnóstico, a cuyo tenor «cuando un "maltrato/abuso sexual" está presente, la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable». De este inciso se sigue, en puridad lógica y en rigor científico, que un «diagnóstico» previo de «síndrome de alienación parental» no puede utilizarse sin más como medio de prueba exculpatorio en una causa penal por maltrato, sino que el proceso debería ser el inverso: debe primero constatarse la inexistencia del abuso o maltrato por parte del progenitor pretendidamente «alienado», y sólo entonces, según los propios postulados de la teoría en cuestión, podrá sostenerse la existencia en los menores del así llamado síndrome en el proceso familiar por la custodia de los hijos, ámbito en el que el concepto tiene su origen y su campo de aplicación privilegiado.

Lo dicho hasta ahora en este apartado no significa que el Tribunal no admita que existen situaciones de «alienación parental», caracterizadas por alineamientos y rechazos de los hijos comunes hacia cada uno de los progenitores en situaciones de ruptura de la pareja, sin ninguna connotación de síndrome clínico y con un desarrollo y una etiología mucho más complejos de lo que el concepto acuñado por GARDNER pretende.

Siendo el punto fundamental de la cuestión determinar si la voluntad del hijo ha sido manipulada por su madre para que no quisiera ver a su padre, la Audiencia Provincial consideró que la madre no actuó con dolo, ni tuvo una específica voluntad de incumplir el régimen de comunicación y estancias acordado por la autoridad legítima. También señaló que a la madre no le es exigible el uso de la fuerza —sea física o psicológica— con el fin de obligar al hijo común a que acuda al punto de encuentro acordado, máxime, si se tiene en cuenta, que se trata de un adolescente**,** que cumplidos los trece años, tiene una capacidad de inteligencia y de análisis «grande».

Conviene añadir el dato de la existencia de una denuncia por abuso sexual del padre contra la persona del menor por la que se le condenó y posteriormente la Audiencia lo absolvió señalando que «hay algo de cierto en lo que dice el menor pero no se sabe muy bien qué».

El fundamento jurídico segundo contiene muchas cuestiones que ponen de relieve cuáles son las causas reales de algunos supuestos calificados como síndrome de alienación parental y, por desgracia, no se tienen en cuenta en los tribunales de Justicia.

Por su importancia vale la pena transcribir lo más significativo:

> «no es función de esta resolución el examen de la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, pero dado que la valoración de la situación de Fernando en esta jurisdicción y en este procedimiento se sustenta, con fuerza, en la sentencia emitida el veintiséis de octubre de dos mil siete por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Bilbao para llegar a la conclusión de que el menor es manipulado por su madre, sí se hace necesario expresar una serie de cuestiones determinantes en relación con tales referencias:
>
> a) El recurso, como se ha dicho, insiste en que es el deseo del menor el no ver a su padre, y frente a ello, las acusaciones y los órganos judiciales.
>
> b) Deciden que el menor está afectado por lo que se denomina "síndrome de alienación parental".
>
> El SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en el DSM- IV por la Asociación Americana de Psiquiatría, y en la CIE-10 de la OMS[(51)].
>
> No se quiere con ello negar tajantemente que existan conductas en las que el progenitor conviviente influya de manera negativa en los hijos, sino llamar la atención sobre la necesi-

(51) Estas y otras instituciones que priman los objetivos clínicos y de investigación, basan la inclusión de una nueva entidad diagnóstica en la existencia de sólidas bases empíricas, no cumpliendo el SAP ninguno de los criterios necesarios. Según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología (APA) no existe evidencia científica que avale el SAP. Esta Asociación critica el mal uso que de dicho término se hace en los casos de violencia de género. En su informe titulado la Violencia y la Familia, afirma: «términos tales como "alienación parental" pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento». La Guía de Evaluación para jueces de los casos de custodia infantil en contextos de violencia doméstica, editada por el Consejo nacional de Juzgados Juveniles y de Familia, creado en EEUU en 1937, advierte en su edición de 2006 sobre el descrédito científico de dicho síndrome.

dad de realizar un estudio en profundidad que permita orientar a los jueces y tribunales en la resolución de los casos que se presenten [52].

La "popularidad" e invocación que de este denominado síndrome se está realizando en los últimos tiempos, y las peligrosas consecuencias que está llegando a tener en relación con los procesos de separación y divorcio, llevaron a que en diciembre de dos mil siete un muy numeroso grupo de solventes profesionales de Medicina y Salud Mental suscribieran un manifiesto "ante el fenómeno psicológico-legal del pretendido 'síndrome de alienación parental', en el que, entre otras afirmaciones, se expresa de forma contundente que la 'ideología que sustenta el SAP es abiertamente pedófila y sexista', siendo un instrumento de peligroso fraude pseudo-científico, que está generando situaciones de riesgo para los niños, y está provocando una involución en los derechos humanos de los menores y de sus madres. Los riesgos de la asunción de esta teoría y de la práctica de la terapia indicada por su creador y seguidores han sido igualmente advertidos por la Asociación Española de Neuropsiquiatría Alienación Parental de Gardner (SAP).

Tanto en la sentencia apelada como en la resolución del Juzgado de Familia a que la misma se refiere, se hace mención a que el padre denunciante "fue absuelto" por el delito de abuso sexual imputado por Fernando (por su madre, la aquí acusada) y la sentencia de instancia, en relación con tal hecho, además de "hacer suya la argumentación de la citada sentencia civil", se nos dice que "con tres años de edad que tenía Fernando en la fecha en que relata los hechos de abuso, no puede recordar nada". Esa absolución se toma como punto de partida para concluir que el joven ha inventado una historia que no concuerda con la realidad, y que todo ello ha sido manipulado por su madre. Se construye el efecto de valorar, en suma, a Fernando como un ser débil, mentiroso y manipulado. Es ésta la base de la condena, puesto que el Juzgado de lo Penal no asume lo que el joven y su madre mantienen: que es él el que no quiere ver a su padre por los motivos que, reiteradamente, ha venido expresando.

El fundamento de su absolución es otro, y dice expresamente: "...todo lo relatado por el menor no puede ser fantasía... se puede llegar a la conclusión de que hay algo de cierto en lo que dice el menor, pero no se sabe muy bien qué". Existió algún tipo de estímulo pero no necesariamente tuvo que ser sexual, pudo ser neutro, y la Sala concluye que "no se puede decir que no se haya practicado prueba de cargo, pero la Sala ha de aplicar el principio de *in dubio pro reo*, puesto que la practicada no es bastante para formar convicción de que haya de condenar al acusado.

Una persona de 11 ó 12 años es capaz de tomar decisiones (aspecto diverso es su cuestionabilidad) y de ejecutarlas, pese a la prohibición, oposición... Pero la sentencia va más allá cuando entiende que un joven de catorce años que se presenta en el juicio diciendo que es él el que no quiere ver a su padre, "es reflejo de la alienación parental" sin mención concreta a prueba pericial consistente que permita mantener tal afirmación.

No consideramos que una persona de catorce años que acude al juzgado a explicar que es él el que no quiere ver a su padre diga lo que no es. Por otro lado, aparece (lo asume el denunciante) que hubo visitas en un inicio, pero que luego fue el propio joven (manipulado por su madre según el denunciante) el que se negó a ir. No consideramos que una persona de catorce años (con todos los problemas que pueda tener en este supuesto concreto) sea incapaz de tomar decisiones por sí mismo, máxime si, una vez con su padre, reacciona en

(52) En este sentido, se pronuncia ALASCIO CARRASCO, L., *El síndrome de alienación parental,* Indret, enero, 2008, <www.indret.com>.

el modo en que este explica en el juicio ("durante las visitas su hijo le decía que le odiaba y otras cosas horribles") y si éste (el denunciante) ahora, mantiene que la "situación es complicada, porque la madre cumple con el régimen de visitas (ahora la custodia es del denunciante, según la sentencia del Juzgado de Familia) y cree que esto le perjudica" (acta de juicio). A pesar de residir ya con el acusador, Fernando acude al juicio y mantiene que es él quien había tomado la decisión de no ir con su padre.

La madre (apelante) intentó que su hijo fuera de visita con su padre, pero las ocasiones en que acudió (tres) el rechazo hacia D. Luís Ángel se llegaba a verbalizar en presencia de éste y la conducta obstativa del joven hacía que la madre no tuviera otra alternativa que acceder a lo manifestado por su hijo: No se observa el dolo, la voluntad de incumplir; ni es de exigir a una madre un acto de fuerza (física o psíquica) para obligar a un adolescente a acudir en el modo descrito.

Ni compartimos la existencia del "denominado" síndrome de alienación parental ni que, en este caso concreto, Dña. María Dolores manipulara a su hijo para que rechazase relacionarse con su padre.

Por todo ello, estimamos el recurso y absolvemos del delito de desobediencia a la apelante, debiendo declarar de oficio las costas causadas».

Como recuerda también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de junio de 2008[53] «son cada vez más numerosos los profesionales de la psicología y psiquiatría que recuerdan que la ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta de ese progenitor. Etiquetas como el síndrome de alienación parental sirven para desviar la atención de estas conductas y olvidan que la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor pueden estar relacionados con factores muy diversos».

VI. POSIBLES SOLUCIONES AL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y ESTANCIAS

De acuerdo con lo expuesto, el síndrome de alienación parental no soluciona la obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales y es necesario buscar otras vías.

---

(53) Sentencia núm. 510/2008 en la que se absuelve a una madre del delito de desobediencia grave a la autoridad judicial (artículo 556 CP) habiéndose probado que «es deseo del menor el no ver a su padre y determinándose la inexistencia del síndrome de alienación parental...». En este supuesto de hecho se había atribuido al padre la guarda y custodia del hijo como respuesta a la actitud obstativa de la madre al cumplimiento de las visitas. Esta resolución del año 2001 no se ejecutó. Es en el año 2006, cuando, luego de años de silencio aparece el padre denunciante pidiendo la ejecución de aquel auto. Y es precisamente en este momento cuando comienza la situación que da lugar a la incoación e instrucción de la causa de que deriva el juicio por desobediencia. Durante más de 5 años el denunciante no tuvo relación de ninguna clase con el hijo. Cuando se reanudan en 2006 las relaciones el joven acude al punto de encuentro y fue asistido en diversas ocasiones por presentar vómitos, malestar, dolores y otras manifestaciones de un grave estado de ansiedad, motivado por la cuestión pendiente de la relación con su padre y que ha precisado tratamiento farmacológico. De hecho, el médico aconseja que las visitas cesen hasta que el niño esté capacitado para afrontar la relación con su padre. El citado médico en el juicio señala que el rechazo es espontáneo; y el equipo psico-social señala la conveniencia de tratar a todos como paso previo a mantener relación con su padre. Por todo ello, se estima el recurso y se absuelve a la denunciada señalando además la inexistencia de dolo en la conducta de la madre que lo que hizo fue, ante el estado del hijo, acceder a lo manifestado por éste.

1. Incumplimiento justificado del régimen de comunicación y estancias

Si hay causa justificada por la cual el hijo no quiere ver al padre/madre habrá que valorarlo en la medida en que no es un derecho absoluto de éstos sino un derecho-deber en interés del menor. En esta cuestión conviene señalar la necesidad de alegar razones objetivas y fundadas, porque los convenios y las sentencias de separación o divorcio tienen que cumplirse, sin que deba pasar por encima el libre albedrío del hijo o del progenitor conviviente. En este sentido, la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 20 de abril de 2006[(54)] recuerda que «en los supuestos de conflictividad de carácter familiar, ningún ciudadano, en ejercicio de sus funciones de progenitor, goza de capacidad para decidir a su libre albedrío cuándo conviene al hijo menor que se cumpla la sentencia reguladora del régimen de comunicación y estancias. El particular entender del progenitor custodio sobre lo que más conviene al menor no prevalece sobre los pronunciamientos judiciales, y el incumplimiento de éstos supone una conducta de tan evidente antijuridicidad, que serán extraños los supuestos de error que excluyan la punibilidad».

Lo mismo sucede en los supuestos en que es el menor el que alega no querer ver al progenitor. En estos casos, en principio, habrá que tener en cuenta que, aunque en nuestro Ordenamiento jurídico no existe una obligación explícita del progenitor conviviente de facilitar la comunicación con el otro progenitor, implícitamente existe un deber de colaborar a que el régimen de comunicación y estancias se haga efectivo, de tal manera que podríamos decir que se presenta como garante del cumplimiento del derecho-deber del otro progenitor, requiriéndose conductas activas y no escudándose en la mera voluntad del menor.

Ahora bien, no habrá que olvidar que la comunicación del progenitor con el hijo que no convive no es un derecho incondicional, sino que está subordinado al interés y beneficio del hijo y si existen causas que objetivamente justifican la negativa, porque el contacto con el progenitor amenaza el interés del menor, deberá tenerse en cuenta «que la aplicación de medidas coercitivas en este campo debe ser limitada»[(55)].

2. Incumplimiento injustificado del régimen de comunicación y estancias

A) Posibilidad de aplicar el artículo 618.2 Código Penal y sus consecuencias

Si no hay causa justificada o el progenitor conviviente ha obstaculizado injustificadamente las relaciones paterno-filiales habrá que determinar la vía a partir de la cual se podrían indemnizar los dos tipos posibles de daños: patrimoniales y morales.

---

(54) Sección 2.ª, núm. 92/2006 de 20 de abril (*JUR* 2006/188752), en la que se añade: «ahora bien, el progenitor custodio e incumplidor puede en su descargo acreditar que los actos obstativos al régimen de visitas no se basaban únicamente en su particular opinión, sino en hechos que justificaban un razonable temor de que el contacto del niño con el otro progenitor podía serle prejudicial, y si así logra probarlo, no concurrirá la antijuridicidad, porque habrá actuado en el ejercicio del deber de velar por el menor, que la misma sentencia le atribuyó de manera reforzada al asignarle la guarda junto con las funciones de la patria potestad». El supuesto de hecho se centra en la posible aplicación del artículo 618.2 C.P.

(55) En este sentido, STS de 16 de noviembre de 2005, Cendoj 890/2005.

Resulta importante destacar el fallo contenido en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de mayo de 2009[56] en un supuesto de hecho en el que se privó injustificadamente del régimen de comunicación y estancias. La Audiencia estimando que se habían producido una serie de daños consideró:

a) El derecho del padre a ser resarcido por razón de los gastos derivados del viaje realizado para recoger a sus hijas menores a Holanda cuantificado en un importe de 2.267,59 euros.

b) El derecho del padre a ser compensado de los doce días que se había visto privado de la estancia con sus hijas menores, con otros doce días que se unirán en su próximo periodo vacacional.

c) Multa de 600 euros por falta de desobediencia, concretada en el incumplimiento del régimen de comunicación y estancias en los días señalados.

Cabe, por tanto, recurrir a la aplicación del artículo 618.2 CP que castiga al progenitor que incumple injustificadamente el régimen de comunicación y estancias establecido en una resolución judicial y, además, solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 14 de mayo de 2004[57] el precepto señalado «establece un tipo penal que castiga directamente, sin necesidad de previa ejecución civil cuya orden de cumplimiento se desobedece, las infracciones a las disposiciones relativas al régimen de comunicación y estancias de una resolución judicial». Precisamente el régimen de comunicación y estancias, es un conjunto de derechos-deberes que tiene y pesa sobre el progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos, para que, en el momento predeterminado por la Ley y los Tribunales, pueda estar, comunicar y relacionarse con ellos, con el fin de mantener viva, operante y fluida la relación paterno-filial. Ahora bien, habrá que tener en cuenta que este tipo penal sanciona los incumplimientos dolosos y personales, por lo que deberá probarse si hay obstaculización que existe una tajante oposición del progenitor custodio al cumplimiento del régimen de comunicación y estancias[58].

En consecuencia, cabe castigar penalmente el incumplimiento de un régimen de comunicación y estancias y si la sentencia penal es condenatoria, exigir por la vía de los artículos

(56) Sección 22, *JUR* 2010/22461.

(57) *JUR* 2004/174562. Aunque hay una corriente mayoritaria que entiende que no es necesario el requerimiento judicial previo, hay algunas Audiencias que entienden que el incumplimiento del régimen de visitas no es *per se* un incumplimiento con relevancia penal, sino que es necesario que exista requerimiento expreso de la autoridad judicial. Sin embargo, la descripción literal del artículo 618.2 CP no exige requerimiento previo ya que se refiere directamente a «incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio...». En este sentido, MAGRO SERVET, V., Ob. cit., p. 9, estima que no es precisa la existencia del requerimiento previo al no tratarse ya de una falta de desobediencia, sino de un tipo penal introducido con la reforma del Código penal por Ley 15/2003, que contempla como ilícito penal esta conducta. Si se produce el requerimiento previo para que el progenitor cumpla el contenido de la resolución judicial y se mantiene el incumplimiento, entonces podrá incluirse la conducta en el delito del artículo 556 CP.

(58) En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de julio de 2009, *JUR* 2009/438041, señala que el tipo penal trata de sancionar las infracciones incluso leves, como sería el no facilitar la fluida comunicación con el otro progenitor, cuando las edades de los hijos menores así lo hagan preciso, siendo imprescindible en todo caso que se trate de incumplimientos dolosos y personales.

109 y 116 CP el resarcimiento de daños y perjuicios. Estos preceptos establecen que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar estos daños y perjuicios por él causados y que «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños y perjuicios».

Estas sentencias condenatorias constituirán incluso un posible soporte de un cambio de guarda y custodia, aunque siempre deberá pensarse en el mayor beneficio para el menor; o como propone algún autor[59] y se contempla en el Auto de la Audiencia examinado, ante el incumplimiento del cónyuge custodio, en no custodio podría solicitar que se le compense con periodos futuros. Solución más acorde con la naturaleza del derecho de comunicación y estancias y que permite al progenitor no custodio recibir precisamente aquello de lo que se ha visto privado.

Sin embargo, si bien la vía examinada tiene su interés procede determinar las posibilidades de aplicación del artículo 1902 CC y, en su caso, las consecuencias del incumplimiento de una obligación legal.

B) Aplicación del artículo 1902 CC: lectura constitucional del precepto

Partimos de que «en nuestro derecho la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual»[60].

Los daños que se pueden causar son tanto patrimoniales cuanto morales. En esta línea, sin perjuicio del examen posterior del estado de la cuestión en los tribunales, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 8 de abril de 2002[61], que reconoce la posibilidad de considerar la existencia de daños morales en el incumplimiento del régimen de comunicación y estancias, respecto de un progenitor que no ha dejado nunca de intentar tener acercamiento hacia la hija «por la sensación de incertidumbre acerca de la posibilidad de ejercicio del derecho que le había sido reconocido por el juzgado, así como por la impotencia frente a la actuación obstativa de los demandados, y por el resultado de privación de contacto con los hijos propios, incluso hasta el extremo de intentar borrar de su memoria la existencia de un padre biológico».

El problema respecto de los daños morales es determinar cuándo deben ser resarcidos, ya que no existe en nuestro derecho una norma al estilo del artículo 2059 CC italiano que establezca que «los daños no patrimoniales deben ser resarcidos sólo en los casos determinados por la ley». A falta de norma legal especial, como señala DÍEZ PICAZO[62], «el daño moral es un daño genéricamente entendido y subsumido en la norma de acuerdo con la cual

---

(59) MORENO VELASCO, V., Ob. cit., p. 11, reparación del daño: indemnización y reparación *in natura*, apoyándose en diversas sentencias como la de la AP de Barcelona, Sección 12, de 27 de febrero de 2007, núm. 64/2007, rec. 612/2006 y el Auto de Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid de 7 de febrero de 2007.

(60) DÍEZ PICAZO, L., *El escándalo*..., cit., pp. 80 y 81.

(61) Recurso de Apelación 220/2001, Ponente Sr. D. Manuel de la Hera Oca. En contra SAP Valencia de 20 de febrero de 2006 que excluye la posibilidad de indemnizar el daño moral por entender inaplicable el artículo 1101 CC, aunque *a sensu contrario* podría deducirse que no existe inconveniente si se dan los requisitos del artículo 1902 CC. En este supuesto de hecho, la Audiencia destacó que no había existido un comportamiento doloso.

(62) DÍEZ PICAZO, L., *El escándalo*..., cit., p. 70.

se indemnizan los daños». Cabría, por tanto, apoyarse en el artículo 1902 CC para dar cabida a los daños morales. Ahora bien, habrá que determinar su contenido para no caer en lo que DÍEZ PICAZO denomina trivialización del concepto de daño moral. Si encuadramos el daño moral en este precepto hay que examinar qué daños injustamente causados deben ser objeto de indemnización.

Para resolver esta cuestión procede realizar una lectura constitucional del artículo 1902 CC, en virtud de la cual aunque en la Constitución española no encontramos un principio que expresamente se refiera a la prohibición de causar un daño a otro con consecuencias indemnizatorias, sí que existen ciertos preceptos (artículos 1, 10, 15, 18 CE) y decisiones del Tribunal Constitucional de los que se puede deducir un reconocimiento implícito de la jerarquía constitucional del principio de no dañar a otro(63).

Este principio general informa todo el Ordenamiento jurídico, incluidas las normas de Derecho de Familia, frente a las que no cabe esgrimir que en aras a la especialidad de sus relaciones no se puedan aplicar los principios del Derecho de daños(64). El Derecho de Familia no es un sistema cerrado y completo; y el Código civil constituye un cuerpo unitario en el que sus normas están interrelacionadas. De ahí el planteamiento de la posible aplicación del principio *alterum non laedere* contenido en el artículo 1902 CC al campo de las relaciones familiares, siendo compatible con la aplicación de las normas específicas que el Derecho de Familia establece para estos casos.

La línea seguida en otros países de nuestro entorno respecto de la dimensión constitucional del precepto equivalente al artículo 1902 CC se orienta hacia la consideración de la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios causados en la esfera familiar. En este sentido, los tribunales italianos(65) partiendo de una lectura constitucional del artículo 2043 del *Codice civile* señalan que la violación de un derecho constitucionalmente protegido supone un daño injusto que podrá ser resarcido a través de este precepto.

---

(63) Sobre la relación entre el artículo 10 y el 15 de la Constitución puede verse RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, volumen II, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1996, p. 69. El Tribunal Constitucional español en la Sentencia 181/2000, de 29 de junio, viene a reconocer el carácter constitucional del derecho a la reparación de daños cuando señala que «el artículo 15 CE, en cuanto consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, exige una tutela civil de tales derechos mediante un sistema adecuado y suficiente de reparación de los daños causados a los mismos... es un precepto relevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela por medio de la institución de la responsabilidad civil de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza». La posición seguida por el Tribunal Constitucional en esta materia ha sido reiterada en sentencias posteriores añadiendo respecto a los daños psicofísicos que la indemnización ha de ser suficiente en el sentido de respetuosa con la dignidad que es inherente al ser humano y debe atender a la integridad de todo su ser, sin disponer de exclusiones injustificadas. En definitiva, creemos que la reparación civil de los daños psicofísicos imputables a terceros tiene una dimensión constitucional en la medida en que el daño implica una lesión a los derechos protegidos por el artículo 15 de la CE.

(64) BIDART CAMPOS, G., Ob. cit., pp. 146-99 señala que si bien los marcos iusprivatistas de la responsabilidad —tanto contractual como extracontractual— son importantes, subsiste latente, por detrás y por encima, un problema de jerarquía constitucional: el principio inferido del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina. El citado artículo se refiere a la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona, por lo que la reflexión resulta plenamente aplicable a la legislación española, a la vista de los artículos 10 y 15 de la Constitución española.

(65) Sentencia de la Corte de Casación italiana de 10 de mayo de 2005, Giurisprudenza Italiana, abril 2006, c. 693.

En definitiva, los derechos de cualquier componente del núcleo familiar, como pueden ser el respeto a su dignidad, integridad física y psíquica o el libre desarrollo de su personalidad, si son lesionados por otro miembro de la familia, constituirán un presupuesto de la responsabilidad civil(66).

El problema con el que nos enfrentamos en la actualidad es que la clásica distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales no permite precisar con exactitud los diversos daños que pueden darse en estas circunstancias. Sin pretender extrapolar la distinción elaborada en el derecho italiano entre daños patrimoniales y daños personales y dentro de éstos el daño biológico o a la salud y el daño moral con una subespecie, el daño existencial, —relativo a la vulneración de determinados derechos fundamentales de la persona garantizados constitucionalmente— cabría extraer ciertos criterios válidos o premisas básicas sobre las que puedan descansar las decisiones judiciales.

Como ha recordado el Tribunal Constitucional(67) respecto al daño moral «a pesar de la inevitable y preponderante discrecionalidad judicial, resulta trascendental en aras del derecho a la tutela judicial de ambas partes que las decisiones judiciales identifiquen qué es lo que entienden por el daño moral que van a compensar, que diferencien claramente la partida indemnizatoria correspondiente a este daño de las referidas a otro tipo de perjuicios concurrentes y, finalmente, que expliciten en la medida de lo posible las bases tomadas en consideración para cuantificarlo».

En aras de esa precisión y desde la perspectiva del denominado «daño existencial» cabría la posibilidad de resarcimiento frente al hijo «toda vez que el comportamiento del progenitor incida negativamente en el concreto desenvolvimiento de la personalidad del menor»(68). Se trata de un fenómeno nuevo que supone la inmisión de los esquemas de la responsabilidad civil en la esfera del Derecho de familia, introduciendo argumentos y razonamientos del Derecho común. En este sentido, los tribunales italianos(69) ya han concedido el resarcimiento de los daños no patrimoniales causados al hijo por parte de la madre que impidió el derecho de comunicación y estancia con su padre no conviviente. En la doctrina española(70) ya se apunta que «la privación por parte de la madre de la relación personal de hijo puede causar claros perjuicios en éste, en concreto, daños morales derivados de la lesión de la integridad psíquica del niño, ya que el mantenimiento de contactos y

---

(66) En este sentido, FRACCON, A., *Il diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri conniugali e risarcimento di danno", Il diritto di famiglia e delle persona*, Volumen XXX, 2001, julio-septiembre, p. 994.

(67) Sentencia TC 42/2006.

(68) SCANDURRA, Ob. cit., p. 67, señala como posibles supuestos de resarcimiento de daños al hijo, aquellos casos en los que el progenitor conviviente con el hijo lo descuida y no se ocupa adecuadamente de él; o respecto del progenitor que no tiene la guarda y custodia, que al hijo le falten los medios de sostenimiento, que no visite al hijo, que lleve a cabo comportamientos perjudiciales o gravemente abusivos del poder inherente a la patria potestad o finalmente que abandone al hijo. En estos casos, además de las sanciones específicas de la privación de la patria potestad, del cambio en la guarda, o de las medidas adoptadas en cuanto al régimen de visitas, cabrá el resarcimiento de daños y perjuicios si la conducta del progenitor incide en la personalidad del menor y se realiza dentro de los esquemas del artículo 2043 del *Codice civile*: comportamiento doloso o culposo que causa el daño injusto.

(69) La Sentencia comentada puede verse en MANERA, G., *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall´art. 709 CPC quali strumenti per l´attuazione Della bigenitorialitá,* DFP, 2008, pp. 1207 y ss.

(70) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo,* ADC, tomo LXII, 2009, p. 1836.

de relación con los progenitores es indispensable para su formación como persona, para su equilibrio psíquico y afectivo y para el correcto desenvolvimiento de su personalidad».

La lesión de un interés jurídicamente relevante, desde el punto de vista del daño existencial, «incide sobre la esfera de la actividad, sobre el actuar de la víctima, mientras que desde el punto de vista del daño moral, incide sobre la esfera interna del sujeto, sobre el sentir»(71). Por tanto, una pérdida existencial se puede conseguir no sólo con una forzada renuncia (pérdida de un *facere*) sino con una forzada actividad.

Distinguir el daño moral del daño existencial tiene gran importancia en la práctica ya que el daño moral se mueve en un campo subjetivo y el existencial en la esfera objetiva. Respecto del daño moral se valora la gravedad del hecho en la esfera emotiva del actor. Para valorar el daño existencial habrá que determinar qué daño producido por la lesión en la esfera jurídica de la víctima resulta objetivamente relevante; qué hechos inciden en el desenvolvimiento de la vida diaria, provocando una alteración negativa de la calidad de vida derivada de la violación de los derechos de la persona. Se trata de hechos y no de sensaciones, estados de ánimo o sentimientos. Se refiere a aquello que una persona no puede llevar a cabo a causa del ilícito padecido. Y esto de cara a la prueba se puede demostrar de modos diversos. En consecuencia, el juez deberá con los medios de prueba adecuados determinar cuál era la vida de la víctima antes y después del ilícito. El daño existencial consistirá propiamente en aquello que no se puede sobreponer tomando como referencia los dos planos: el del pasado y el del presente.

En definitiva, habrá que determinar las incidencias negativas en el desarrollo normal de la personalidad de la víctima(72), porque el mero hecho de lesionar respecto del hijo su derecho subjetivo a relacionarse con los progenitores no implica tener derecho a indemnización de daños y perjuicios ya que no es esa la función de la responsabilidad extracontractual en nuestro derecho(73).

El panorama expuesto permite afirmar la conveniencia de abrir la vía que posibilite el resarcimiento de daños y perjuicios con base en el artículo 1902 CC en los casos en que el incumplimiento del régimen de comunicación y estancias genere un daño al progenitor no conviviente —normalmente se tratará de un daño corporal con consecuencias pecuniarias y/o no pecuniarias(74)— que entre dentro de los presupuestos del citado precepto. También cabría pensar en el resarcimiento de daños al progenitor custodio como consecuencia del

---

(71) CENDON, P., *Esistere o non esistere*, Resp. Civ. Prev., 2000, p. 1259.

(72) Seguimos el planteamiento de BILOTTA, F., *Il danno esistenziale*, a cura di CENDON E ZIVIZ, Milano, 2000, p. 89, quien considera que en el caso del daño existencial se aplica un método diferencial despatrimonializado. Señala, además, que la prueba del daño existencial tiene una finalidad muy precisa: contarle al juez de que modo el ilícito ha modificado, aunque sea temporalmente la vida de la víctima. Puede ser un médico, un amigo, un pariente próximo o un amigo de la casa. Además, hace referencia al desenvolvimiento sereno y autodeterminado de la personalidad como valor en sí mismo tutelado por la *lex aquilia*.

(73) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo*..., p. 80.

(74) Respecto del daño corporal puede verse VICENTE DOMINGO, E., Ob. cit., pp. 248 y ss., en el que define el daño corporal como un daño extrapatrimonial que recae en la esfera del propio cuerpo o en la integridad física y psíquica de la persona. A su vez, este daño puede tener ciertas consecuencias pecuniarias presentes y futuras, así como otras al margen de lo económico o consecuencias que integran los llamados daños morales, que también se reparan acudiendo a una indemnización compensatoria.

incumplimiento del régimen de comunicación y estancias, generalmente de contendido patrimonial. Hay que tener en cuenta que no sólo está el perjuicio psicológico, en general a la salud, que puede haber sufrido, sino también cabe pensar en consecuencias pecuniarias derivadas de posibles inconvenientes laborales; como por ejemplo, la falta de asistencia al trabajo, gastos producidos para hacer efectivo infructuosamente el derecho a relacionarse con el hijo, pérdida de oportunidades laborales, etc.

Por otra parte, existirá un derecho del hijo a poder reclamar el perjuicio que le haya producido la situación de incomunicación con el/los padre/s y el progresivo deterioro de la relación paterno filial.

Creemos que el principio *alterum non laedere* contemplado en el artículo 1902 CC español no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares, aunque con características propias, siendo compatible con la aplicación de las normas específicas que el Derecho de familia establece para estos casos(75).

Existirán posibles supuestos de responsabilidad derivados de la conducta del progenitor conviviente con los hijos que provocarán, en su caso, una legitimación tanto del hijo, cuanto de los progenitores no convivientes, teniendo en cuenta que el mero hecho de impedir hacer efectivo el derecho de comunicación y estancias no genera automáticamente responsabilidad, sino que será necesario que afecte a los derechos inviolables del hijo, como por ejemplo, al desarrollo de su personalidad, su salud, su integridad física o psíquica...(76).

Será necesario determinar, por tanto, si existe un hecho imputable al agente, el evento dañoso del sujeto pasivo y la injusticia del daño(77). En definitiva, será el juez el que deberá establecer y verificar si se ha producido la rotura del justo equilibrio intersubjetivo y, en este caso, intentar restablecerlo mediante el correspondiente resarcimiento(78).

---

(75) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», *R.D.Patrimonial,* 2003-1, número 10, p. 74, apoyándose en la opinión de PATTI, S., *Famiglia e responsabilitá civile,* Milano, 1984, pp. 3 y 4, señala al respecto que «la aplicación del Derecho de daños al ámbito del Derecho de Familia se teñirá de características propias y... el principio de unidad de la familia presente en esta rama del ordenamiento ha de influir en la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad civil».

(76) En este sentido, PARINI, G.A., Ob. cit., p. 125, señala que la mera violación de los deberes familiares no debe dar lugar a una pretensión resarcitoria, siendo necesario un *quid pluris* consistente en la violación de un derecho inviolable.

(77) Así lo pone de relieve FRACCON, A., comentando la Sentencia del Tribunal de Milán de 10 de febrero de 1999, en *Il diritto de famiglia e delle persone*, volumen XXX, julio-septiembre, 2001, pp. 992 y ss. En la doctrina española refiriéndose de forma general a la normativa de la responsabilidad civil extracontractual PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, p. 1972, pone de relieve la concepción amplia del sistema español respecto a la idea de que el daño indemnizable no se centra sólo en la lesión de los derechos subjetivos y menos de los derechos subjetivos absolutos: «la protección de los derechos subjetivos absolutos es función del reconocimiento de derechos y acciones como la reivindicatoria, la negatoria y las de cesación o eliminación de la actividad o del estado de cosas lesivo, cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo, que su titular no tenga el deber jurídico de soportar; además de que, la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual, no cabe predicar de estas una función de reintegración de los derechos subjetivos».

(78) FRACCON, A., *Il diriti della persona nel matrimonio*..., cit., pp. 384, quien señala que el Ordenamiento jurídico asegura la tutela de los intereses del dañado, con disposiciones específicas (resolviendo de raíz el conflicto, como

En definitiva, los padres no pueden llevar a cabo comportamientos susceptibles de causar perjuicios a los derechos fundamentales de los hijos y los remedios resarcitorios se presentan como instrumentos de tutela de los derechos de los hijos, dado que los contemplados en el campo del derecho de familia no son exhaustivos, ni cubren toda la gama de perjuicios sufridos por los hijos. La acción resarcitoria ejercitada por la vía del artículo 1902 CC «debe poder encontrar aplicación en el contexto familiar en vía cumulativa o independiente de los remedios del derecho de familia»(79), ya que contiene una norma general aplicable cuando se den los presupuestos contenidos en ella(80). El no admitir la tutela resarcitoria pondría al autor de la conducta lesiva en una condición privilegiada(81).

C) Posible aplicación de las reglas del incumplimiento de las obligaciones

a) El derecho de comunicación y estancias de progenitores y abuelos

El artículo 160.1 CC contempla el derecho de comunicación y estancias de los progenitores en los siguientes términos: «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 la resolución judicial». Por su parte, la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat valenciana en su artículo 22 contempla el derecho a las relaciones familiares señalando que «los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan la voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos.

Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres

---

sucede en el caso de intereses protegidos bajo la forma de derechos subjetivos, sobre todo cuando se trata de derechos constitucionalmente garantizados o de derechos de la personalidad) o bien de todos modos la toma en consideración bajo otros aspectos manifestando una exigencia de protección en los casos en que la contraposición de intereses se deje a la decisión judicial, que deberá establecer si se verifica la rotura del justo equilibrio intersubjetivo y proceder a restablecerlo mediante el resarcimiento. En igual sentido, SCANDURRA, Ob. cit., p. 62, señala que como la referencia al dato normativo deviene muy difuminada, le toca al juez proceder a la selección de los intereses en conflicto, eligiendo el interés considerado más digno de tutela. Ha de hacerse intérprete de la conciencia social y de los valores dominantes en la sociedad en un determinado momento histórico.

(79) PARINI, G.A., Ob. cit., p. 26.

(80) En este sentido, PARINI, G.A., Ob. cit., p. 25, quien añade que el derecho de familia no es una disciplina dotada de remedios exhaustivos, sino sectoriales y eventuales. Por su parte, PATTI, S., «Famiglia e responsabilitá civile: un luongo itinerario», en *La responsabilitá nelle relazioni familiari a cura di M SESTA*, Torino 2008, p. 28.

(81) En este sentido se pronuncia PARINI, G.A., Ob. cit., pp. 82 y 83, quien añade que la tutela resarcitoria pone atención en el pasado, en los daños ya producidos, mientras que las normas de Derecho de familia relativas a las obligaciones para con el menor ponen su atención en el futuro, en el desarrollo de su personalidad e intentan evitar comportamientos perjudiciales.

a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular».

Se trata de un derecho-deber que en gran medida se centra en las situaciones de crisis conyugal. La ruptura de la convivencia conyugal supone que tan sólo uno de los progenitores tiene efectivamente consigo a los hijos menores de edad o incapacitados, aun cuando se haya determinado un régimen de guarda y custodia compartida(82), por lo que se generará un derecho del otro a comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Este derecho también se reconoce en los supuestos de acogimiento familiar, en los que se establece una periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido. En este último caso el artículo 173.2 CC establece que el documento de formalización del acogimiento familiar debe incluir la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.

Finalmente, se refleja en las relaciones familiares de los nietos con los abuelos, aunque en este último caso tiene una naturaleza distinta. En efecto, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre de modificación del Código civil contempla la posibilidad de que en las situaciones de crisis conyugal el convenio regulador o el pronunciamiento judicial contenga, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de comunicación y estancias y comunicación de éste con sus abuelos [artículo 90.B) CC].

Por tanto, el derecho del hijo respecto de parientes y allegados se instrumenta técnicamente a través del derecho a relacionarse, aunque se trata de situaciones cualitativamente distintas, por la mayor intimidad e intensidad que caracteriza a las relaciones paterno-filiales respecto a cualesquiera otras parentales o asimiladas(83).

b) Naturaleza del derecho de comunicación y estancias

Centrándonos en el derecho de comunicación y estancias se puede afirmar que, de acuerdo con los artículos 39.3 CE, 94 y 160 CC, se integra como necesario para el desarrollo de la personalidad del menor, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, y que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos(84). Este derecho incluye, además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia y exige la colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe y subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo. Por parte del progenitor no conviviente, en las situaciones de crisis matrimonial, debe ejercerse de modo adecuado a las circunstancias del caso; y de la misma forma el otro progenitor debe posi-

(82) El artículo 92 CC prevé, en las circunstancias señaladas en el precepto, acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos. Por su parte el artículo 94 CC establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

(83) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., Ob. cit., p. 2.

(84) La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, *RJ* 1991/3108, señala que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerza la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 CC.

bilitar el cumplimiento intentando no propiciar gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios, ya que ello redunda en beneficio del desarrollo de la personalidad del menor.

De ahí que específicamente el artículo 90 CC establezca que el convenio regulador de la separación o del divorcio deberá contener «el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con los ellos».

En defecto de acuerdo o en caso de no aprobación de éste, el artículo 94 CC establece que «el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho».

Los tribunales(85) en esta línea vienen señalando que este derecho es considerado unánimemente como un derecho-deber, un derecho-función, marcado no sólo por el interés de los progenitores en relacionarse con sus hijos menores, interés que sin duda debe ser tutelado, sino también y sobre todo por la búsqueda del mayor beneficio para los hijos en virtud del principio *favor filii*, cuya influencia permanente en los procesos de ruptura matrimonial es obligada(86). De tal manera que la facultad decisoria del Juez en esta materia está limitada «por aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional del menor»(87).

De ahí que se pueda hablar de un derecho no absoluto presidido por el interés superior del menor, en el que «parece predominar el aspecto de deber sobre el de derecho, debido a la íntima ligazón que tiene el derecho-deber de comunicación y estancias con otras obligaciones fundamentales de los padres derivadas de la relación paterno-filial, como la de velar por los hijos y procurarles una formación integral»(88). No hay que olvidar que el artículo 39.3 CE garantiza la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a

---

(85) SAP de Almería de 27 de enero de 1999, *AC* 1999/387. La búsqueda del máximo beneficio para los menores está también presente en la SAP de Sevilla de 7 de mayo de 2001, *JUR* 2001/168197, cuando establece un régimen de visitas acomodado a las circunstancias de trabajo en el sector de hostelería del padre y a su residencia en las Islas Baleares, con la finalidad de conseguir «el desarrollo integral de los menores y que éstos se relacionen de una manera normal con su padre, a fin de que tengan la relación afectiva necesaria para su formación integral».

(86) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., Ob. cit., p. 4, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia sobre el derecho de visitas destaca cómo el principio inspirador de cualquier medida atinente a los hijos es el de que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, principio éste que se haya recogido en diversos preceptos del Código civil (artículos 92, 93, 103, 154 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, latiendo en todas ellas la idea de que el beneficio de los hijos menores constituye la razón de ser o fundamento de las prescripciones legales.

(87) STS de 21 de julio de 1993, *RJ* 1993/6175 y de 17 de julio de 1995, *RJ* 1995/5591. En la misma línea la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 1992, Caso Olson contra Suecia, *JUR* 2000/278408 señala la necesidad de no restringir arbitrariamente el régimen de visitas a los hijos. En este supuesto de hecho en el que se cuestionó el régimen de visitas de unos hijos que se encontraban temporalmente en régimen de acogimiento el Tribunal Europeo, entendió que la restricción arbitraria del régimen de visitas a los hijos constituía una injerencia en el ejercicio del derecho de los padres al respeto de su vida familiar. Por ello, estimó procedente establecer una indemnización de 50.000 coronas suecas en concepto de daño moral y 55.000 coronas suecas en concepto gastos y costas. Además, se hace constar que la privación del régimen de visitas conduce a que los padres se separen de sus hijos y esta situación, aunque económicamente indemnizable, es irreparable.

(88) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., Ob. cit., p. 270.

los hijos, por lo que no sólo es un deber de los padres sino un derecho del hijo garantizado por la Constitución.

Por tanto, el deber del padre o de la madre de mantener relaciones personales con los hijos con los que no convive es tanto un medio para cumplir otros deberes tipificados en el Código civil, cuanto un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psíquico-afectivo y de la personalidad del hijo(89). El hijo es persona y como tal titular de los derechos de la personalidad, los cuales deben encontrar tutela en la familia(90).

En las situaciones de adopción de medidas de protección al menor, habrá que tener en cuenta, si procede, «la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido» (artículo 173.2.3.º CC) y los supuestos de solicitud de cese de la suspensión de la patria potestad y revocación de la declaración de desamparo del menor, cuando por cambio de las circunstancias que la motivaron se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (artículo 172.7 CC).

Desde el punto de vista del menor éste tiene el derecho a ser visitado; ello se traducirá en la posibilidad de exigir una determinada conducta frente al obligado, lo que permite calificarlo como derecho subjetivo. Este derecho, salvo situaciones particularmente graves, no debe ser suprimido porque se presenta como necesario para el adecuado desarrollo de la personalidad del menor. Las comunicaciones paterno-filiales constituyen un factor de enriquecimiento para los hijos y no deben ser objeto de interpretación restrictiva(91). El Tribunal Supremo(92), en esta línea, ha señalado que «el derecho de los hijos a relacionarse con los progenitores no se puede negar ni privar de principio, porque se ha de dar la oportunidad, de acuerdo con la legalidad, de poder ejercer como padre y cumplir los deberes que como tal le correspondan».

La doctrina italiana(93) planteándose la naturaleza del derecho de comunicación y estancias desde el punto de vista del progenitor no conviviente señala que la discusión gira en torno a la idea de si se trata de un derecho subjetivo perfecto, un derecho debilitado o una obligación. Mayoritariamente se viene entendiendo que se trata al mismo tiempo de un deber y de un derecho con perfiles de obligatoriedad y en interés del menor. El progenitor no conviviente tiene el derecho-deber de ejercitar un control sobre la instrucción y educación

(89) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visitas,* Barcelona 1997, p. 384.

(90) En este sentido se pronuncia PARINI, G.A., Ob. cit., pp. 73 y 74.

(91) En este sentido puede verse la STS de 9 de julio de 2002, *RJ* 2002/5905 cuando señala que «el derecho 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, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica y moral del menor. En este sentido, se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.

(92) STS de 9 de julio de 2002, *RJ* 2002/5905.

(93) SCANDURRA, comentando la Sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio del 2000, en *Il diritto di famiglia e delle persone,* Volumen XXXI, enero-marzo, 2002, pp. 64 y 65.

impartida al menor y el derecho de comunicación y estancias puede considerarse como instrumento de tal control.

Por otro lado, como ya se ha señalado, desde el punto de vista del menor éste tiene el derecho a ser visitado[94], por lo que estamos ante un derecho de doble titularidad, recíproco o correlativo. Desde el punto de vista del progenitor es un derecho-función y desde el punto de vista del menor es un derecho subjetivo.

En una situación de custodia compartida, aunque también hay un régimen de comunicación y estancias, existe una total corresponsabilidad parental y el objetivo es garantizar la continuidad de las figuras paterna y materna. Lo esencial, por tanto, es el término compartir. Sin embargo, cuando como consecuencia de una crisis familiar se determina la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, «la realidad legal marca notablemente la realidad familiar de manera que las diferencias en cuanto a la forma de compartir los cuidados de los hijos y de disfrutar de ellos se convierten en pugnas por la custodia y el régimen de comunicación y estancias, donde lo que se discute ni siquiera es la forma de repartir, sino la propia pertenencia de los hijos. En la batalla legal de la familia el término custodia se convierte en sinónimo de propiedad y el término régimen de comunicación y estancias nos habla claramente de lo contrario»[95]. La vivienda familiar, los bienes y los hijos en algunos supuestos de crisis familiares se convierten en instrumentos de poder que otorgan el triunfo en la disputa.

c) ¿Incumplimiento de una obligación legal?

Respecto de la posibilidad de resarcir los daños causados por incumplimiento de sus deberes personales, de sus obligaciones jurídicas, el Tribunal Supremo[96] ha planteado la aplicación de los artículos 1101 y ss., apoyado en que dichas normas no son sólo aplicables

---

(94) El artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño establece:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. 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 interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

(95) Así lo pone de relieve BOLAÑOS CARTUJO, I., *Estudio descriptivo del síndrome de alienación parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar,* Tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000, p. 14.

(96) Sentencia de 30 de junio de 2009 examinada a lo largo de este estudio.

cuando la obligación violada tenga un origen contractual, sino siempre que exista entre las partes un vínculo obligacional preexistente, cualquiera que sea su fuente. En este sentido, autores como Pantaleón[97] más que hablar de responsabilidad contractual prefieren hablar de responsabilidad obligacional, es decir, la que alcanza al deudor por no cumplir exactamente la obligación que pesa sobre él.

Ha sido la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009[98] la que en un supuesto de obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales ha señalado que «el daño puede ser consecuencia del incumplimiento de la obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el *artículo 160 CC* que establece el derecho de los progenitores a relacionarse con el hijo».

Cabría, por tanto, plantear en último lugar si el resarcimiento de daños sería exigible en base al artículo 160 CC por tratarse del incumplimiento de una obligación legal.

Es verdad que el derecho de comunicación y estancias de los padres no guardadores constituye para ellos también un verdadero deber hacia el hijo, sobre todo en el orden interno y moral. Pero, el contenido ético no resulta incompatible con el carácter legal, ya que en nuestro Ordenamiento jurídico existen múltiples normas como, por ejemplo, el no matar, que además de ser una pauta ética o moral tienen una esfera de juridicidad y, en su caso, coactividad ya sea desde el punto de vista civil o penal.

El deber del padre/madre de mantener relaciones con el hijo que no convive es tanto un medio para cumplir otros deberes tipificados en el Código civil, como un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psico-afectivo y de la personalidad del menor[99]. Concurre, por tanto, una obligación de los progenitores no convivientes de cumplir el deber de visitar al hijo y se contempla a nivel normativo la garantía y protección de los poderes públicos respecto al cumplimiento de dicha obligación.

El derecho de visita del que es titular del menor se traduce en una posibilidad de exigir algo frente a alguien, institucionalizada y tipificada por el ordenamiento jurídico, lo que permite enmarcarlo dentro del campo de los derechos subjetivos. Como se ha apuntado, «el sujeto pasivo de este derecho, esto es, la persona obligada frente a la que se ejercita la posibilidad de exigir es el titular de la patria potestad y guarda del menor, en cuanto controla la vida de este último, y ello tanto en el caso de que el menor reclame relaciones personales con su otro progenitor, como cuando las pretende tener con otros parientes»[100].

Respecto del progenitor custodio que impide o dificulta las relaciones con el otro progenitor del artículo 160 CC no se desprende ninguna obligación o deber de colaborar directamente en las relaciones personales del otro progenitor con el hijo. Otra cosa distinta

(97) PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la SSTS de 26 de enero de 1984», en *CCJC*, núm. 4, enero-marzo, 1984, p. 1263.

(98) Número de Resolución 512/2009.

(99) RIVERO HERNÁNDEZ, F., Ob. cit., p. 384.

(100) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La responsabilidad*..., cit., p. 271.

es «que quepa entender que tales deberes se encuentran recogidos o derivan de modo implícito del artículo 160 CC»[101].

Sin embargo, la respuesta a si es posible que constituya una fuente de responsabilidad obligacional hay que plantearla desde el punto de vista de la situación subjetiva que justificaría tal pretensión y teniendo en cuenta si se cumplen los presupuestos tradicionales de las reglas de responsabilidad civil[102].

En este sentido, hay que destacar que lo que se protege, fundamentalmente, es el desarrollo de la personalidad del menor, por lo que el mero incumplimiento de obligaciones no debe comportar un ilícito de suyo resarcible.

Si es el otro progenitor el que obstaculiza, tan sólo de forma indirecta se puede considerar que existe una obligación de facilitar o más bien de tolerar en la mayor parte de las ocasiones que se lleve a efecto el citado régimen de comunicación y estancias.

D) Obstaculización injustificada de relaciones paterno-filiales por parte de las Entidades públicas: aplicación del artículo 139 LRJAP

Este tema ha tenido un mayor desarrollo en la práctica, contando ya con varias resoluciones judiciales que permiten analizar la materia en cuestión.

Ha sido la Audiencia Provincial de Sevilla el 30 de diciembre de 2005[103] la que se ha ocupado de la ejecución de un Auto cuyo resultado, aunque un tanto paradójico, nos hace pensar que se ha abierto una vía al resarcimiento de daños en esta materia. Los hechos que dan origen a la sentencia se remontan a 1996 cuando ante la alcoholemia que padecía la madre y su propensión a la depresión[104], la Junta de Andalucía decreta la situación de desamparo de los dos hijos de cuatro y cinco años, asume la tutela *ex lege*. Dos años después

---

(101) En este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Indemnización...,* cit., pp. 1837 y 1838, deja planteada la cuestión, señalando que sólo así cabría mantener en sentido estricto que la madre ha vulnerado una obligación legal a ella dirigida. En cualquier caso, sí puede afirmarse que conculca de forma indirecta el artículo 160 CC, en cuanto impide al padre cumplir su deber de relacionarse con el menor. El progenitor conviviente con el hijo tiene la carga o deber sustancial de soportar o consentir las relaciones personales de éste con el progenitor beneficiario del derecho de visita, en concreto tiene que facilitarlas material y moralmente, incluso propiciarlas, porque son en beneficio del menor.

(102) Seguimos el planteamiento de PARINI, G.A., Ob. cit., pp. 84 y ss., sobre la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad civil contractual o extracontractual, puede verse más ampliamente DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», Ponencia presentada en las *Jornadas de la APDC*, abril 2011, quien señala que desde esta perspectiva, que es la que adopta la LEC, la causa de pedir en las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual es diferente. Porque son diferentes las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico anuda a la producción de esos daños. En la acción de responsabilidad contractual, los fundamentos jurídicos de la pretensión de resarcimiento son los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de transporte existente entre las partes, y las consecuencias que dicho ordenamiento extrae del incumplimiento de las citadas obligaciones contractuales. En la acción de responsabilidad por daños basados en culpa extracontractual, los fundamentos jurídicos de la pretensión de resarcimiento se encuentran en la culpa o negligencia del agente en la producción de los hechos o en la omisión de tales hechos, y las consecuencias que el ordenamiento extrae de no actuar conforme a la diligencia exigida.

(103) Rollo 5785/05, auto núm. 224, Sevilla 30 de diciembre de 2005.

(104) La sentencia hace referencia a «una situación de pérdida del autocontrol como consecuencia de la ingesta en la que fue hallada cierto día, uno sólo, sin prestar por tal causa el cuidado y atención a sus dos hijos» y a «poseer una personalidad neurótica, propensa a depresiones, algo, por desgracia, bastante extendido en la sociedad actual e

el Juez ratifica el desamparo y acuerda la entrega en acogimiento preadoptivo a un matrimonio, pese a existir ya informes médicos que acreditaban el proceso de rehabilitación de la madre. Ésta una vez recuperada totalmente solicitó la revisión judicial de la decisión administrativa y al cabo de cuatro años, en el año 2002, la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 26 de diciembre estimó que «como el único dato negativo para el cuidado y atención de los hijos era la alcoholemia» y la madre se había rehabilitado, volvía a ser titular de la patria potestad y los niños a pesar de estimarse que debían regresar con ella, a la vez en la propia resolución se determina que ello resultaba imposible por los años transcurridos y el daño psicológico que iba a provocar a los hijos, entendiendo que lo que procedía era que se quedaran bajo la guarda y custodia del matrimonio de acogida y una indemnización sustitutoria de la ejecución de la resolución para la afectada(105). Conviene señalar que la indemnización sustitutoria se estableció al amparo del artículo 18.2 LOPJ(106). En concreto, se determinó que la Junta de Andalucía debía abonar la cantidad de 1.703.666 euros, estimando que es «el alcance del perjuicio moral sufrido». La Audiencia consideró que durante diez años los derechos de los hijos a la afectividad, convivencia y ligazón con la madre han sido ignorados y pisoteados, sufrimiento calificado de «muy superior a la muerte».

Puede pensarse que realmente «resarcir» en estos casos resulta un término inadecuado porque no se puede poner precio a la pérdida del disfrute de la afectividad de unos hijos. Sin embargo, estimo que la admisión del resarcimiento de daños y perjuicios por la obstaculización del derecho a relacionarse con los hijos, en línea de principio, puede servir de medida preventiva para que no se produzcan otros casos.

Ahora bien, conviene resaltar que, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de julio de 2009(107), el retorno de un menor a la familia de origen debe llevarse a cabo valorando, en primer lugar, la procedencia de la medida de protección del menor en el momento de ser adoptada; y, en segundo lugar, la conveniencia para el interés del menor de consolidar su situación actual con los padres acogedores. Y para ello, hay que tener en cuenta que aunque el interés de la madre biológica es digno de protección, no lo es menos que debe estar supeditado al interés de los menores en aplicación de las previsiones de los artículos 172.4, 173.2 y 3 CCC.

Realmente, el fallo de la Audiencia Provincial de Sevilla es ciertamente singular y complejo porque, resolviendo sobre la situación de convivencia de los menores, acuerda la

---

imputable a muchos hogares». También se destaca que se «bendijo el acogimiento preadoptivo sin dar prioridad a otras medidas asistenciales que contempla la Ley de Protección del menor de 1996».

(105) Hay que resaltar que, aunque en septiembre de 2004 la niña regresa con la madre dejando voluntariamente a los padres de acogida, la Audiencia considera que la madre no la ha recuperado porque «la relación nunca podrá ser idéntica después de haber perdido toda la niñez e infancia».

(106) El artículo 18.2 LOPJ establece que «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará, en todo caso, la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución sería el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.

(107) La Sentencia puede verse en *Diario la Ley,* núm. 7285, Sentencia núm. 184099/2009.

reintegración de éstos a la guarda y custodia de la madre biológica; y, sin solución de continuidad, atendiendo precisamente al propio interés de los menores, declara la imposibilidad de la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de la madre(108). Lo que realmente queda claro es la necesidad de atender prioritariamente al interés del menor y la importancia del transcurso del tiempo; aunque la Sentencia parece querer resaltar que el interés de la madre es digno de protección, pero por encima de éste se encuentra el interés del menor.

Respecto al baremo al que recurre la Audiencia Provincial como referente indemnizatorio, equipara la privación injustificada de las relaciones paterno-filiales a la prisión preventiva injustificada. Aunque se trata de un baremo objetivo, quizás tenga más lógica acudir a otro sistema, también de resarcimiento de daños, que encaja mejor con las consecuencias que se producen por la pérdida de las relaciones paterno-filiales.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 27 de mayo de 2010(109), resolviendo un supuesto de resarcimiento de daños en el ámbito de protección de menores, se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 para apuntar como conveniente la aplicación del baremo del seguro de responsabilidad en accidentes de circulación en lo relativo a la situación de pérdida de un hijo, «porque tales baremos, que tienen una función orientativa y no vinculante, al ser su ámbito propio la valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad, sirven de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica, un sistema objetivo de resarcimiento...».

Finalmente, este supuesto de hecho podría también haberse canalizado por la vía del artículo 139 LRJAPPAC que precisa la posible responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos.

Ahora bien, el fallo(110) interesa en la medida en que se indemniza la privación de la convivencia, afectividad y ligazón de la madre con los hijos, y el dolor y sufrimiento que

---

(108) El Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/2008, de 21 de enero de 2008 que denegó el recurso de amparo presentado por la Junta de Andalucía, en el Fundamento de Derecho número 7 realiza en este sentido un análisis crítico del fallo de al Audiencia Provincial de Sevilla añadiendo que «es la declaración de imposibilidad de ejecución de la devolución de los menores a su madre lo que conduce a la Sala Sentenciadora a ordenar la determinación de la indemnización sustitutoria que le correspondía a la recurrente, por aplicación del artículo 18.2 LOPJ. La peculiaridad del objeto de ejecución en el presente caso y la inexistencia (según se ha señalado) de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores desligado o independiente de la consideración del interés prevalente del menor, ponderado en el momento en el que se decide sobre su situación de convivencia, hacen que la determinación del contenido indemnizatorio presente, en este caso, una gran complejidad, al no existir una prescripción legal expresa al respecto, correspondiendo al juzgador precisar, mediante el empleo de los pertinentes instrumentos hermenéuticos y de integración de normas, los conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el quantum indemnizatorio de la ejecución sustitutoria a la que se orientan efectivamente las resoluciones de ejecución impugnadas, es decir, la determinación del valor que entraña la imposibilidad de devolución (pérdida) de los hijos menores a su madre biológica.

(109) Recurso núm. 730/2006, Sentencia núm. 481/2010.

(110) Al respecto, el Juez de Familia que conoció el caso, justificó la medida de acogimiento preadoptivo para evitar el orfanato y señaló que los padres biológicos deben ser conscientes de lo que supone una declaración de desamparo. Por otra parte, señala que los niños dados en acogimiento desarrollan un entroncamiento con su nueva familia que es imposible de romper porque se ha creado un cariño y afecto y volver con los padres biológicos les puede suponer un mal recuerdo. Un niño no es una cosa estática y entenderlo así es condenarles a una política de orfelinatos y de institucionalización de los menores. <http://www.20minutos.es> 16 de febrero de 2006.

ello produce; en definitiva, el perjuicio moral sufrido y los daños a la salud(111). Además, resulta también importante la idea que late en esta decisión judicial de que «la situación de un menor no puede juzgarse exclusivamente con base en lo que diga un niño»(112). Otro dato a tener en cuenta es la llamada de atención a la lentitud de las decisiones en cuestiones que afectan a las relaciones personales porque se corre el riesgo, como en este caso, de que cuando se adopten sean extemporáneas.

Al respecto conviene tener en cuenta el plazo de dos años que establece el artículo 172.7 y 8 CC, que en ocasiones, dificultará la interposición de la acción porque no se ha producido la reinserción. Este precepto establece:

> «7. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.
>
> Igualmente, están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.
>
> Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.
>
> 8. La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal».

Finalmente, la Junta de Andalucía interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que se le imputaban responsabilidades que no le correspondían, reconduciendo la queja al artículo 24 CE por defecto de motivación y, probablemente, por el elevado montante final de la indemnización. Pero el Tribunal Constitucional desestimó el recurso(113).

En los litigios entre los servicios sociales y los padres biológicos de los niños que se encuentran bajo la protección de la Administración Pública se ha destacado cómo «algunas

---

(111) Se pone de relieve la existencia de un cuadro depresivo reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio y otro de naturaleza física u orgánico a resultas del cual se halla actualmente en tratamiento oncológico, presentando plena afectación de un pulmón. Ambos padecimientos se consideran consecuencia directa o indirecta del sufrimiento soportado durante diez años. En concreto, se considera que son indemnizables «las secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima», que se valoran estableciendo cierto parangón con las producidas en accidente de circulación.

(112) En el fallo de la Audiencia se alegan ciertas manipulaciones por parte de los acogedores que utilizaron todos los medios a su alcance para confundir a los menores, que por su edad son fácilmente manipulables.

(113) STC 11/2008, de 21 de enero, *RTC* 2008/11.

decisiones recientes muestran que los tribunales parecen ya preparados para admitir que los padres biológicos tienen derecho a una indemnización cuando la restitución de aquéllos al menor es ya imposible»[(114)].

Otro supuesto de hecho, canalizado precisamente a través de la posible responsabilidad de la Administración pública por el funcionamiento de los servicios públicos es el resuelto en anteriormente aludida Sentencia de 27 de mayo de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sabido es que el artículo 139 LRJAPYPAC establece que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». Por su parte, el artículo 141.1 prevé que «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley».

El supuesto de hecho se refiere a una reclamación por la vía contencioso-administrativa del resarcimiento de los daños personales sufridos por los progenitores por privación injustificada de las relaciones paterno-filiales, cuantificados finalmente en 1.720.600 euros, por funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Se trataba de unos progenitores ambos toxicómanos que tuvieron en el año 2000 un cuarto hijo con síndrome de abstinencia prenatal, contagiado de VHC por la situación de los padres. Ante la imposibilidad de las abuelas de hacerse cargo del nieto (ya estaban cuidando los anteriores), fue declarado en situación de desamparo; meses después, se acuerda el acogimiento simple del menor, que se promueva judicialmente el acogimiento preadoptivo (posteriormente en el año 2007 se constituiría la adopción del menor) y la suspensión del régimen de comunicación y estancias durante tres meses.

Los padres para entonces habían ingresado en Centros de desintoxicación (el menor tenía 10 meses) y aunque no se opusieron a la declaración de desamparo, sí que recurrieron la suspensión del régimen de comunicación y estancias consiguiendo una visita cada dos meses de una hora. También se opusieron a las resoluciones de acogimiento simple y preadoptivo que fueron desestimadas por la Audiencia de Barcelona en 2004, puesto que la relación afectiva del menor estaba totalmente consumada. La Audiencia realiza unas consideraciones ciertamente reveladoras del caso: «existe falta de vinculación y relación afectiva totalmente consumada, pese al importante esfuerzo de los padres biológicos por recuperar el control de su vida... y si bien es cierto que existió causa de desamparo, que sin duda fue también consentida, no se realizó nada sobre el núcleo parental, cronología sobre sus adicciones, alcance de las mismas, naturaleza simple o poli-toxicomanía y que la situación actualmente es irreversible por la convalidación que realiza el transcurso del tiempo, pero se actuó con excesiva celeridad, sin datos objetivos de valoración, o con datos insuficientes, y con el perjuicio más absoluto de que se trataba de dos progenitores drogadictos de muy larga duración... y sin posibilidad razonable de rehabilitación».

---

(114) MARTÍN CASALS, M.; RIBOT, J., y SOLÉ FELIU, J., *Children as victims under Spanish Law, Parte II. Children as victims, Tort and Insurance Law*, volumen 18, Viena, 2007, pp. 232 y 233.

Los padres reclamaron por la vía contencioso-administrativa el resarcimiento de daños causados por funcionamiento anormal de la Administración en el acogimiento y posterior adopción de su hijo.

La posible responsabilidad en estos casos exige:

1) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente. En este supuesto de hecho el daño fue la pérdida de la posibilidad de establecer un vínculo afectivo real con su hijo biológico, a partir de la acreditación de la existencia de una evolución positiva de los padres desde el momento que ingresaron en un centro de deshabituación (cuando el menor tenía 10 meses).

2) Que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal. En este caso, la destrucción de la vinculación con los padres biológicos se debe a la actuación de la Administración que, sin datos objetivos, calificó la situación de los padres de irrecuperable. Ahora bien, no hay que confundir esta cuestión con la posibilidad de que, determinado el interés del menor, se estime que no debe volver con la familia de origen. Los supuestos que se deben valorar de cara al resarcimiento son precisamente, obstaculizaciones injustificadas y no decisiones en las que de acuerdo con el interés del menor no debe retornar a la familia de origen.

3) Que el daño sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber de soportarlo (antijuridicidad objetiva). En principio, no hubo una intervención sobre el núcleo parental, fallando el principio de integración del menor, fundamental en estos casos, y no se tuvo en cuenta que diez meses después del nacimiento del menor los padres iniciaron la recuperación y el padre a los tres años ya trabajaba en una empresa. Es verdad que la Administración en este caso ignoró el proceso de desintoxicación y reestructuración familiar; de ahí la calificación de funcionamiento negligente a la hora de valorar, controlar y determinar, sin datos objetivos razonables, la imposibilidad de creación de un entorno familiar estable. Pero la pregunta que surge es: ¿debía volver el menor con la familia de origen, dado el tiempo que pasó con la familia de acogida?

4) Ausencia de fuerza mayor.

Finalmente, cabe señalar que la cuantificación se lleva a cabo mediante la aplicación, a título orientativo, del baremo del seguro de accidentes de circulación; en concreto, el daño moral producido por la pérdida de un hijo.

De lo expuesto cabe concluir, la necesidad en estos casos de atender preferentemente al interés del menor, por encima del de los padres biológicos. Y en este sentido, conviene señalar que la resolución judicial debe apoyarse en informes periciales que determinen si el interés del menor es que vuelva a la familia de origen o que permanezca con la de acogida. Aunque el artículo 172 CC da prioridad a la reinmersión de los menores en la familia biológica respecto del acogimiento preadoptivo, «no es menos cierto que sólo deben los Tribunales modificar dicha situación de acogimiento por desamparo cuando exista prueba

suficiente de que, mediante dicha reinmersión, los derechos e intereses de los menores quedarán suficientemente protegidos»[115]. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009, que desestimó en un caso similar la pretensión de la madre biológica de que el menor volviera con ella, acierta al señalar que hay que comparar la variación de las circunstancias concurrentes cuando se acordó la intervención administrativa y la situación actual de los padres y ver si ha sufrido variaciones; y, por otro lado, determinar el concreto interés del menor.

Aunque es difícil calibrar el interés del menor, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009[116] señala que, según la doctrina científica podrían ser criterios para la determinación en concreto del interés del menor los siguientes:

1) Proveer por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor y afectivas adecuadas a su edad y situación.
2) Atender a los deseos y sentimientos del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez y discernimiento.
3) Mantenimiento del *statu quo* material y afectivo del menor ponderando en caso de cambios de domicilio, colegios... las ventajas.
4) Consideración particular a la edad, salud, sexo, personalidad, creencias religiosas y formación cultural.
5) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión en interés del menor pueden acarrear a éste; riesgos para su salud física y psíquica.
6) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor y cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar en interés actual y futuro.
7) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo procedentes de la clase de vida de los padres, siendo el abuso sexual el de más frecuente alegación.

En definitiva, no se debe partir sólo de que la familia de origen se haya reestructurado, sino de que el interés del menor aconseje o no su vuelta. Con independencia de ello, si la entidad pública ha obstaculizado sin fundamento las relaciones paterno-filiales deberá

---

(115) Así lo expone la STS de 31 de julio de 2009, *Diario La Ley*, núm. 7285, Sentencia núm. 184099/2009.

(116) Al respecto, también resultan interesantes los criterios mínimos que deben tener en cuenta los tribunales a la hora de concretar en interés del menor, determinado en la Children Act 1989 que son los siguientes:

1) deseos y sentimientos del niño para lo que puede ser oído por el Juez u obtenerlo por medio de expertos o del guardián *ad litem;*
2) sus necesidades físicas, educativas y emocionales;
3) el efecto probable del cambio de situación de menor;
4) su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica relevante;
5) daño o riesgo de sufrirlo;
6) capacidad del progenitor para satisfacer sus necesidades;
7) rango de las facultades a disposición del Tribunal, es decir, que la actuación del juez sea para el menor mejor que la inactividad.

resarcir los daños y perjuicios. Quizás, el tema deba también orientarse hacia la fijación de una serie de límites a las actuaciones que se insertan en el ámbito del trabajo social.

VII. PANORAMA DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

1. Verdaderos casos de obstaculización en la jurisprudencia italiana

Los tribunales italianos son los que han planteado la responsabilidad civil como instrumento de resarcimiento de daños en los supuestos de obstaculización injustificada de las relaciones paterno-filiales, ya que como se ha puesto de relieve(117) «ni de lejos se ha abordado legislativa o judicialmente el auténtico drama que viven muchos padres separados o divorciados, que pagan religiosamente las pensiones alimenticias pero no pueden relacionarse con sus hijos porque se ha descubierto hace poco que no es la madre la que les impide relacionarse, sino que son los menores, tan pequeños e inimputables para otras cosas, los que han decidido suprimir las relaciones. Claro, si lo dicen ellos, el interés del menor está por encima de todo. Habrá que hacerles caso, que ya el padre sabrá buscarse la vida por otro lado, pensarán los insensibles».

Lo que hay que averiguar es si lo que realmente se produce en estos casos es un abuso contra los menores, un actuar en contra de sus intereses y una serie de daños tanto a los hijos como al progenitor no conviviente.

Resulta bastante paradigmático el planteamiento del incumplimiento del régimen de comunicación y estancias establecido judicialmente como consecuencia de una crisis matrimonial, desde la perspectiva indemnizatoria, en una Sentencia dictada por un Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000(118), ocupándose de los daños resarcibles por parte del progenitor que, teniendo encomendada la custodia de los hijos menores comunes, impide sin motivo alguno, al otro progenitor relacionarse con ellos.

Antes de examinar el supuesto de hecho conviene destacar que para la jurisprudencia y la doctrina italiana(119) el daño personal no se reduce al «daño biológico»(120), sino que

---

(117) En este sentido, se pronuncia RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999», en *CCJC*, enero-marzo, 2000, núm. 52, p. 163, comentando los supuestos enjuiciados por las SAP de Almería de 9 de marzo de 1998 y SAP de Albacete de 11 de noviembre de 1998.

(118) La Sentencia puede verse en *Il Diritto di Famiglia e delle persone,* Volumen XXXI, enero-marzo 2002, pp. 60 y ss., comentada por SCANDURRA. Por su parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana», *Revista de derecho de daños*, Daños en las relaciones de Familia. 2001-2, pp. 285 y ss., lleva a cabo unas reflexiones sobre la misma sentencia.

(119) Puede verse un repaso de la doctrina de los diferentes países en DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, 2.ª Ed., Universidad Deusto, Bilbao, 1989, pp. 236 y ss.

(120) La posibilidad de resarcimiento del daño biológico se apoya en los artículos 2043 del *Codice civile* (equivalente al artículo 1902 CC español) y en el artículo 32 de la Constitución italiana que establece que «la República tutela la salud como derecho fundamental del individuo...». VICENTE DOMINGO, E., *Tratado de responsabilidad civil,* coordinado por REGLERO CAMPOS, L.F., Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 249 y ss., destaca cómo el daño a la salud es un concepto bastante novedoso, cuya importancia actual en el terreno de la responsabilidad civil proviene

se amplía al «derecho a la salud», entendida en el sentido que le atribuye la Organización Mundial de la Salud; esto es, completo bienestar físico, mental y social y no sólo ausencia de enfermedad.

Pasando al caso en cuestión, el Tribunal de Roma había dispuesto la separación de los cónyuges por sentencia de 4 de febrero de 1992. A la madre le fue confiada la guarda del hijo menor, entonces de cinco años, estableciéndose un régimen de comunicación y estancias para el padre; igualmente se le otorgó a la mujer el uso de la vivienda familiar y se fijó una pensión alimenticia para el hijo, a cargo del padre, de 700.000 liras mensuales. Ante la negativa reiterada de la madre a que el padre viera a su hijo y lo tuviera consigo, de acuerdo con lo previsto en la sentencia, el padre como titular de la patria potestad interpuso una demanda, por sí y en representación del hijo, reclamando la reparación del «daño biológico» y del «daño moral» sufrido por ambos. La demanda se apoyaba en los artículos 2 y 32 de la Constitución italiana que reconocen el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la salud respectivamente; y en los artículos 2043 —equivalente al artículo 1902 CC español— y 2059 del *Codice civile* que contemplan el resarcimiento por hecho ilícito y los denominados daños no patrimoniales respectivamente, señalando para estos últimos que «el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados en la ley».

El padre alegaba que él había cumplido siempre y seguía cumpliendo sus deberes de mantenimiento del hijo y que la madre se había negado injustificadamente, pese a la intimidación por telegramas (había enviado 16 desde que el hijo tenía cinco meses) y por medio de parientes para poder ejercer tal derecho. Señalaba asimismo que había evitado recurrir al juez competente, porque tal iniciativa habría terminado por incidir fuertemente en la moral y en la serenidad del hijo menor, con el consiguiente daño psicofísico.

Por su parte, la madre en la contestación a la demanda dijo que el actor, un mes después del nacimiento del hijo, se había desinteresado, dejando el hogar conyugal, salvo alguna fugaz aparición en la vivienda. Apoyó su contestación en un argumento que cuanto menos resulta curioso: «el niño no conoce al padre no por culpa de la madre, sino por el hecho de que ella ha debido reconstruir su existencia con otro hombre quien, además, quiere muchísimo al niño y, consecuentemente, el niño tiene la figura del padre en el amigo de la madre; por eso, muy preocupada por el efecto emotivo que puede causar en el niño confiarlo, aunque sea por un solo día, a una persona totalmente desconocida, intentó evitarle cualquier encuentro con el padre».

Estando esta causa en curso, por Sentencia de divorcio de 3 de octubre de 1997, el Tribunal civil de Roma resolvió la disolución del matrimonio, confiando el hijo a la madre y estableciendo un régimen de comunicación y estancias similar al señalado en la sentencia de separación.

Siguiendo con la sentencia relativa a los daños resarcibles, el Tribunal de Roma como cuestión previa estimó que el padre no podía representar al hijo menor para hacer valer sus

---

de la doctrina italiana que por tal entiende el perjuicio que deriva de la lesión de uno de los derechos de la personalidad —la integridad física— y es susceptible de valoración económica independiente. El aspecto positivo que presenta este concepto es el de haber servido para superar la anterior práctica jurisprudencial por la que la incapacidad se apreciaba y valoraba, en tanto en cuanto afectara a la capacidad de producir ganancias, riqueza o rentas, ya que no se tenía en cuenta el perjuicio corporal en sí mismo.

derechos contra la madre, porque carecía de legitimación para el proceso; al no tener el ejercicio de la patria potestad no podía tener la representación. Por otra parte, existiendo un conflicto de intereses entre el hijo y la madre, el padre debía antes de haber interpuesto la demanda resarcitoria haber propuesto que se designara un *curatore speciale* —defensor que lo represente en juicio, según el artículo 163 CC español— que representase al menor procesalmente incapaz(121).

Por lo que se refiere a la pretensión resarcitoria del padre, se estimó probado que la falta de posibilidad para el actor de ejercitar su derecho-deber de visita a su hijo era imputable a la madre(122). Los razonamientos del Tribunal sobre la importancia del régimen de comunicación y estancias, que por su interés transcribimos, fueron los siguientes:

— Es evidente el rol central que, de hecho, asume el progenitor que tiene la guarda para consentir las relaciones familiares entre el hijo menor y el otro progenitor, siendo que esa relación debiera ser consentida (o mejor aún, favorecida) en el preeminente interés del menor con el fin de conseguir la necesaria y completa formación social y educativa del menor (artículo 30 de la Constitución italiana y artículos 147 y 148 del *Códice civile*).

— El derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo, sobre todo en el orden interno y moral, en atención a los vínculos que los ligan, las funciones socioeducativas a cumplir y los graves perjuicios que pueden producirse en caso de incumplimiento.

El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el padre era injustificado e ilícito(123). En concreto, la doctrina comentando esta sentencia señala que «fue un comportamiento doloso que violó el derecho-deber del otro progenitor a participar en la

---

(121) Esta solución, como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *La responsabilidad*..., cit., p. 277, es igualmente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto, añade, que el artículo 163.2 CC señala que si el conflicto de intereses existiera sólo respecto de uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor. No se necesitaría, pues, en principio, la figura del defensor judicial. Pero, claro, esta solución sólo se aplicaría cuando ambos progenitores son los que ejercen la patria potestad, porque es cuando ambos tienen la representación legal del hijo. Con un defensor judicial, pues, no habría problema en que el hijo reclamara al progenitor conviviente con él los daños que le ha generado con su comportamiento impeditivo del derecho de visita por parte del progenitor no conviviente.

(122) Al respecto, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., Ob. cit., p. 278, señala que también se generan daños para el hijo derivados de la lesión de la integridad psíquica del menor y que la posibilidad de tener relación con el padre es imprescindible para el equilibrio afectivo de una persona y para el correcto desenvolvimiento de su personalidad. En el caso concreto de la sentencia cabe añadir que hay, además, daños derivados de la lesión del derecho a la identidad, ya que la madre ha imposibilitado desde el primer momento que el padre y el hijo se conozcan. La autora cita una Sentencia de la Corte de apelación de Florencia de 29 de agosto de 2007 en la que se condena, por primera vez en Italia, a una mujer a resarcir el daño no patrimonial al hijo, en cuanto ella impide el derecho de visita del padre no conviviente. La sentencia está comentada por MANERA, G., «Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall´art. 709.3 CPC quali strumenti per l´attuazione della bigenitorialità», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1207 y ss.

(123) Como señala KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Ob. cit., p. 299, no puede discutirse que la obstrucción del derecho a mantener comunicación con el hijo es una conducta antijurídica. La sentencia, aunque no emplea esta terminología, insiste en que las visitas estaban fijadas por sentencias judiciales (una de separación y otra de divorcio) y que la demandada ha actuado en contra de lo ordenado en esas decisiones.

educación e instrucción del hijo y obstaculizó el armónico y completo desenvolvimiento de este último»[124].

Por ello, la mujer incurría en responsabilidad subjetiva[125] lo que había derivado en:

— Daños biológicos, como categoría específica, es decir, daños a la salud psicofísica del padre, bien tutelado por el artículo 32 de la Constitución italiana que prevé «la tutela de la salud como fundamental derecho del individuo». Se trata de un daño emergente que deriva de las prolongadas turbaciones neuro-psíquicas, del dolor, de las ansias y de la angustia producida por no haber podido satisfacer sus legítimos derechos de padre, con consecuencias perjudiciales en su propia vida de relación (en las relaciones parentales, sociales, recreativas, etc.), disminución que incide fuertemente en la salud psicofísica de un individuo y también en su proyección futura, y por eso, de concreta y permanente relevancia biológica. En definitiva, se consideró un supuesto de ataque a la integridad psicofísica, de ahí la aplicación de los citados baremos.

— Daños morales, por no haber podido el padre cumplir tan importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, frecuentarlo y educarlo, en razón y proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero en vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho, dadas las circunstancias mencionadas y verificadas en el caso.

Para el cálculo del *quantum* respecto al daño biológico se aplicaron los baremos existentes para los supuestos de invalidez[126], considerando que se trataba de una micropermanente invalidez psicofísica, que no generaba la imposibilidad de trabajar, del 9%, concretado en 16.650.000 liras.

Respecto al daño moral, se liquidó sobre la base de un porcentaje del daño biológico[127]. En concreto, se otorgó la cantidad de 4.200.000 liras.

En este tipo de procesos pueden existir además daños patrimoniales, como, por ejemplo, los derivados de los gastos que haya tenido para poder hacer efectivo el derecho de comunicación y estancias, fundamentalmente, si reside en una localidad distinta a la del hijo.

Más recientemente, la Corte de Casación italiana en Sentencia de 10 de mayo de 2005[128] ha señalado que «el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro

---

(124) Así lo pone de relieve SCANDURRA, Ob. cit., p. 66.

(125) Tanto en la sentencia de separación como en la de divorcio se hace constar la conducta obstruccionista de la madre-guardadora al régimen fijado judicialmente.

(126) Sobre la aplicación de los citados baremos, SCANDURRA, Ob. cit., p. 67, considera criticable que se utilice la tabla de invalidez aplicándola de modo automático para la cuantificación, porque ello supone una excesiva dilatación del daño biológico.

(127) Al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Ob. cit., p. 303, estima que la liquidación sobre un porcentaje del daño biológico es errónea, siendo adecuado, en cambio, presumir su existencia, acreditados los hechos reseñados.

(128) GI, 2006, abril, C. 693.

del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil». Con ello lo que se quiere poner de relieve es que cuando un miembro de la familia causa una lesión a otro, con independencia de que se encuentren ambos en el contexto familiar, deberán responder siempre que se cumplan los presupuestos de la responsabilidad civil(129).

Finalmente, el Tribunal de Casación italiano en decisiones posteriores, como la Sentencia de 11 de noviembre de 2008(130), aconseja respecto del daño no patrimonial emplear las subcategorías, daño existencial, daño biológico... con finalidad meramente descriptiva, estableciendo un *quantum* unitario, con la finalidad de evitar duplicaciones resarcitorias inútiles.

2. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La admisión de una indemnización por daños morales en supuestos relacionados con la privación a un hijo del derecho a relacionarse con los padres o a un progenitor del derecho a relacionarse con los hijos se viene estimando por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos en que no queda suficientemente protegido dicho derecho(131).

También se ha considerado en otros supuestos que el incumplimiento del trámite de audiencia al menor, cuando proceda, para expresar los deseos de éste respecto de la convivencia con uno u otro de los progenitores, puede generar responsabilidad porque atenta al necesario respeto de la vida familiar(132).

Lo mismo sucede cuando los poderes públicos imponen una equivocada restricción al derecho de comunicación y estancias o incluso acuerdan injustificadamente la denegación(133).

---

(129) Puede verse el estudio de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Responsabilidad civil de las Administraciones públicas y de los particulares por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos*, Sepín Familia, mayo-junio, 2010, p. 18, en el que decisiones judiciales en las que se condena a padres que deliberadamente renuncian a educar al hijo, por daño moral causado, entendiendo que la relación paterno-filial no se agota en la procreación, sino que, por imperativo constitucional, implica el deber de guiar al hijo en el desarrollo psicofísico y de maduración.

(130) Sentencia núm. 26972, en *Resp. Civ. 2009,* pp. 4 y ss.

(131) Sentencia del TEDH 2000/150, de 11 de julio. Admisión de una indemnización por daños morales causados al esposo, ciudadano turco, por parte del Estado Holandés por no haber protegido sus intereses respecto del derecho de visitas, expulsándolo del país antes de que se fijara el régimen de visitas de su hijo en proceso de divorcio: «los procesos de decisión relativos tanto a la expulsión del demandante como a la cuestión de las visitas no proporcionaron la suficiente protección de los intereses del demandante garantizados por el artículo 8 del Convenio para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales».

(132) Sentencia del TEDH de 11 de octubre de 2001, *JUR* 2001/283187, caso Sahin contra Alemania, en el que se concedió una indemnización al padre de una hija extramatrimonial de cincuenta mil marcos alemanes porque además de que se había producido una discriminación respecto del establecimiento del régimen de visitas, por tratarse de una hija extramatrimonial, «el incumplimiento de la exigencia de una información correcta y completa sobre la relación entre padre e hija y los deseos de ésta sobre el contacto con el padre, generó una interferencia en el derecho fundamental al respeto a la vida familiar».

(133) Éste es el supuesto de la Sentencia de 3 de diciembre de 2002, TEDH 2002/69, Caso Nowicka contra Polonia. La demandante se encontraba en prisión. Su hija solicitó para ella y para una hermana la autorización para visitar a la madre en múltiples ocasiones. El tribunal le concede «una autorización al mes, y más (autorizaciones) sólo

La reflexión se centra en la admisión de indemnizaciones, fundamentalmente en concepto de daño moral, cuando injustamente un Estado priva a unos padres del derecho a relacionarse con su hijo, ya que el mutuo goce entre padres e hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida de familia y las medidas que ponen trabas a dicho goce suponen una injerencia en el ejercicio de este derecho.

Hay que pensar, además, que la vida en común no es una condición indispensable para la relación familiar entre los padres y los hijos menores, ya que por el mero hecho del nacimiento existe entre el hijo y sus padres, incluso aunque éstos no convivan, un lazo que supone una vida familiar. El progenitor custodio debe facilitar las relaciones con los hijos al otro progenitor, absteniéndose de llevar a cabo medidas que causen la ruptura de los vínculos familiares(134).

Por tanto, cabrá analizar en qué medida las soluciones aportadas por el TEDH resultan de interés en los supuestos en que la obstrucción injustificada de las relaciones familiares la lleva a cabo el otro progenitor.

En un principio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la voluntad del menor era lo fundamental y ante la negativa de éste se mostraba partidario de la suspensión del derecho de comunicación y estancias.

Resulta bastante paradigmático el siguiente supuesto: una mujer danesa contrajo matrimonio con un italiano, fruto del cual tuvieron una hija. Como consecuencia de las desavenencias conyugales la madre regresa a Dinamarca y los Tribunales daneses fijan un régimen de comunicación y estancias para el padre. El padre con la finalidad de tener contacto con la hija abandona el trabajo y se traslada a Dinamarca; pese a lo cual no puede ver a la hija porque, debido a la influencia materna, la hija rechaza al padre. El padre vuelve a Italia, sufriendo una depresión severa. Posteriormente, denuncia a Dinamarca ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando violación de su derecho a una vida familiar y a una justicia efectiva, pero con fecha 20 de octubre de 1998 se rechaza la denuncia alegando que no existe violación de la Convención Europea de Derechos Humanos por parte de las autoridades danesas que habían suspendido el derecho de comunicación y estancias atendiendo al interés del menor con los siguientes argumentos: «el derecho-deber de comunicación y estancias puede ser suspendido aun por tiempo indeterminado, cuando la prole, prescindiendo de los méritos o deméritos del progenitor no guardador, manifieste contra él, aun en razón de la influencia ejercitada por las personas que le circundan, senti-

---

en casos excepcionales». El TEDH consideró que la restricción a una visita al mes en el derecho de la demandante a ver a sus hijas mientras permanecía detenida, no perseguía ni era proporcional a ningún fin legítimo, por lo que condenó al Estado polaco a indemnizar a la madre tanto por los daños materiales cuanto por los daños morales porque se restringió el derecho de visitas sin que ello, además tuviera apoyo en la disciplina penitenciaria. En el mismo sentido, la STEDH de 17 de diciembre de 2002, TEDH 2002/75.

(134) La Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2000, TEDH 2000/150, Caso Ciliz contra Países Bajos, en el que se condenó al Estado a abonar a un padre, ciudadano turco, la cantidad de veinticinco mil florines holandeses en concepto de daño moral y dieciocho mil doscientos florines holandeses en concepto de costas legales, porque la denegación de un nuevo permiso de residencia y la consiguiente medida de expulsión después de su divorcio, de cuyo matrimonio existía un hijo, le imposibilitó asistir al proceso para el establecimiento de un acuerdo formal de visitas. El Tribunal consideró que en este caso existían dos tipos de obligación: por un lado, la obligación positiva de asegurar que la vida familiar entre padres e hijos continúe tras el divorcio y, por otro, la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas que causen la ruptura de los vínculos familiares.

mientos radicales de rechazo y repulsa, debiendo reconocerse prioridad absoluta al derecho del menor a la serenidad personal y familiar y a su bienestar psicológico integral»(135).

Ante este supuesto de hecho, algún autor(136) se plantea, a pesar de que la decisión en el ámbito de la violación del tratado es correcta, si es justo que ese hombre quede sin reparación alguna dado que, efectivamente, se llegó a esa situación por la conducta abusiva de la madre. La pregunta sería la siguiente: ¿cabe dejar sin indemnizar al padre que, no obstante todos sus desvelos, intenta ese acercamiento imposible debido a una situación imputable al otro progenitor?

Sin embargo, parece que esta tendencia ha variado; y prueba de ello es el pronunciamiento del caso Elsholz contra Alemania resuelto por sentencia de 13 de julio de 2000(137) condenando a Alemania por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un supuesto de hecho en el que los tribunales alemanes habían denegado el derecho de comunicación y estancias a un padre no matrimonial sobre la base de la negativa de un hijo de 5 años a visitarlo.

Conviene señalar que esta sentencia junto a la de 8 de julio de 2003 se alega en ocasiones como doctrina del TEDH favorable al síndrome de alienación parental cuando las referencias que se citan a éste exclusivamente lo son en cuanto que recogen las alegaciones de una de las partes (en concreto el padre lo alegaba como causa de la negativa del hijo a visitarlo). No se puede, por tanto, decir que el TEDH se haya pronunciado sobre su contenido. Lo que hay que averiguar es si existe o no una privación injustificada de las relaciones paterno-filiales y la variación de la corriente del TEDH se refiere a la no consideración de la voluntad del menor como una prioridad absoluta por encima de informes psicosociales.

Respecto del resarcimiento de daños, la Sentencia de 13 de julio de 2000 concretamente resuelve un proceso en el que se cuestionaba la conformidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos de una serie de resoluciones judiciales de tribunales alemanes relativas al derecho de comunicación y estancias de un padre respecto a un hijo extramatrimonial. Los tribunales alemanes habían estimado la conveniencia de no reanudar el contacto padre-hijo por considerarla nociva para el niño dada la situación de tensión existente. El TEDH basó su condena en la negativa del tribunal a ordenar la práctica de un informe psicológico así como en la ausencia de vista ante el Tribunal regional, lo que se considera como una ingerencia innecesaria y no respetuosa con la necesaria publicidad que debe tener el proceso. En definitiva, la condena se fundamenta en que no se habían practicado las pruebas periciales que permitieran interpretar la pertinaz negativa del hijo a relacionarse con el padre.

El tribunal recuerda que «el concepto de familia no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones familiares cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula familiar desde su nacimiento y por el mero hecho mismo de éste. El disfrute recí-

---

(135) El supuesto de hecho puede verse en *Il Diritto di Famiglia e delle personne,* 1999, pp. 1003 y ss. Sentencia comentada por SALZANO, A., *L´ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Comissione Europea dei Diritti dell´Uomo.*

(136) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Ob. cit., pp. 308 y 309.

(137) La sentencia puede verse en <http://www.coe.int>.

proco por padre e hijo, de la compañía del otro, constituye un elemento fundamental de la vida familiar, incluso si la relación entre los padres se ha roto previamente. Por ello las medidas estatales que obstaculicen este disfrute, constituyen una violación del derecho a la intimidad familiar».

Es importante destacar que en esta sentencia se pone de relieve que el derecho que tienen los padres a mantener relaciones con los hijos con los que no convivan forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar y, como se ha destacado(138), «en el Ordenamiento jurídico español viene protegido por el artículo 18 de la Constitución el cual no sólo vincula a los poderes públicos, imponiéndoles el deber de no entrometerse en este ámbito de privacidad, si no existe causa legítima para ello, sino también al otro progenitor, quien deberá abstenerse de realizar actos que impidan o dificulten irracionablemente la relación familiar del hijo con el padre o madre con quien no vivan; y, en particular, no deberá obstaculizar el derecho de visitas, judicialmente establecido».

3. Marco de responsabilidad en el Derecho español

A) Planteamiento doctrinal y jurisprudencial: ¿cabe el rechazo desde la perspectiva del análisis económico del derecho?

La doctrina generalmente no contempla, salvo alguna excepción(139), el incumplimiento del régimen de comunicación y estancias como posible supuesto de hecho que dé lugar a exigir los daños y perjuicios derivados de esta conducta. Tan sólo se aborda la cuestión desde la perspectiva de las medidas establecidas por el Derecho de familia, señalando, en su caso, la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor o la privación de la patria potestad; medidas ambas que, como ya se ha puesto de relieve, se deben adoptar no tanto desde el punto de vista del incumplidor, sino teniendo en cuenta la protección al menor y su beneficio.

Se puede pensar que ante el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte del progenitor custodio cabe su privación, tal y como establece el Código civil en el artículo 170, como medida de carácter punitivo porque la privación de la patria potestad es el correlato del incumplimiento de los deberes inherentes a ésta. Pero esta medida en los casos que nos ocupan(140) no resarce el daño producido al progenitor o al mismo

(138) DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., Ob. cit., p. 19.

(139) En este sentido, MIZRAHI, M.L., *Familia, matrimonio y divorcio,* Buenos Aires, 1998, núm. 214, p. 443, refiriéndose al daño sufrido por el hijo señala que «tampoco puede ser excluida la responsabilidad por los daños y perjuicios cuando el dolo o la culpa de uno u otro progenitor, al frustrar la asiduidad de los contactos, ocasione una lesión indemnizable en la persona del hijo. Estaríamos ante un hecho ilícito civil, y cierto es que en el derecho contemporáneo la familia ha dejado de ser un ámbito inmune al derecho de daños». Refiriéndose también a los daños causados a los hijos puede verse PERLINGIERI, P., Y OTROS, *L´affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina,* Nápoli, 1984, p. 73.

(140) Cabe señalar que el vigente Código penal considera la pena especial y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad fundamentalmente en los artículos 226 y 233, en relación con el delito de abandono de familia, menores e incapaces, autorizando al juez penal para establecerla por un periodo de cuatro a diez años. También cabe destacar cómo la fiscalía de Alicante ha acusado por primera vez a una madre de sustracción de menores por incumplimiento del régimen de visitas ante un supuesto de hecho en el que el padre había interpuesto 62 denuncias duran-

hijo, teniendo en cuenta además que deberá adoptarse siempre en beneficio de éste. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002(141) señala que «el artículo 170 CC faculta la privación judicial de dicha potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, como mecanismo tendente a la prevención o represión de los abusos, siempre bajo el principio fundamental del beneficio del menor, en cuanto la conducta de uno o ambos progenitores pueda poner en peligro el desarrollo o formación, físico o moral, del sujeto infantil».

Hay que tener en cuenta que la supresión del derecho de comunicación y estancias o, en su caso, la privación de la patria potestad no pueden acordarse sólo pensando en el progenitor sino también en los intereses del hijo. De ahí la necesidad de adoptarse «con especial moderación y cautela, pues puede suponer además de un castigo para el padre o madre incumplidor, una sanción para los hijos que pueden verse privados del deseo vehemente de estar con su padre, convirtiéndose aquellos en los verdaderos perjudicados cuando la adopción de toda resolución sobre ellos debe buscar su beneficio»(142).

Por tanto, estas medidas deberán acordarse con las debidas garantías, luego de haber dado la oportunidad de proponer pruebas al respecto y siempre ante la evidencia de un incumplimiento no sólo grave y reiterado, sino además injustificado y de la suficiente entidad para defender que una medida de tal trascendencia beneficia al menor. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de febrero de 2000(143) en un supuesto en el que el padre impidió a la madre tener contacto con los hijos menores, determinó la privación de la patria potestad, no como medida de sanción al progenitor incumplidor sino como medida de protección del niño «porque el alejamiento de su núcleo familiar más próximo le ha privado de toda posibilidad de contacto con la madre y desempeño por la misma de los deberes/derechos inherentes a la patria potestad, con necesaria incidencia en el ámbito de educación y conformación de la íntegra personalidad de los menores».

¿Podría en este supuesto proceder el resarcimiento de daños por la obstaculización injustificada de las relaciones madre-hijo?

Cuando en este tipo de conductas concurre dolo o culpa grave inexcusable el progenitor guardador no es lógico que se libere tan sólo invocando, por ejemplo, que las comunicaciones y estancias no pueden cumplirse porque el menor se opone, o alegando un traslado de residencia(144) tras la separación o el divorcio, porque habrá que considerar si existe una

---

te cuatro años en loa que no ha podido ver a su hijo porque la madre impidió el régimen de visitas. *Diario Información,* 30 de diciembre de 2005. La aplicación de determinadas figuras tipificadas en el ámbito penal parece servir de medida disuasoria respecto del progenitor conviviente de conductas que impidan el ejercicio del derecho de visitas.

(141) *RJ* 2002/5905.

(142) En este sentido, se pronuncia la SAP de Córdoba de 22 de julio de 1998, *AC* 1998/6117.

(143) AC 2000/1135. La Sentencia contempla un supuesto en el que el padre, aprovechando el ejercicio del derecho de visitas, trasladó a los hijos a Argelia impidiendo que la madre pudiera ver a los hijos. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Baleares en Sentencia de 7 de febrero de 2008, AC 2008/1996 determina la atribución al padre de la patria potestad por haber obstaculizado la madre la relación de la hija con el padre.

(144) Respecto al traslado de residencia, aunque es verdad que el traslado de residencia constituye un derecho constitucional recogido en el artículo 19 Ce, no es menos cierto que ambos progenitores deben compartir los inconvenientes que ello provoque. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 19 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/190404) señala ante un cambio de residencia de la madre que ésta no puede pretender que su decisión de

conducta dolosa o culposa del progenitor conviviente[145]. Parece, por tanto, que el canon de conducta para exigir responsabilidad en la esfera del Derecho de familia se puede reducir a los supuestos de dolo o culpa grave, siendo además estas conductas las que no se ajustan a los criterios sociales dominantes[146].

Lo prioritario debe ser el interés del hijo y no el de los padres, teniendo en cuenta, además, que si se trata de hijos extramatrimoniales, se viene constatando una injustificada situación de inferioridad de condiciones de los padres de hijos nacidos fuera del matrimonio respecto de las de los divorciados.

La posibilidad de introducir el resarcimiento de daños y perjuicios en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1902 CC en los supuestos de dolo o culpa grave se plantea como una solución válida.

Esta solución cada vez va siendo tenida más en cuenta por nuestros tribunales. Así, la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 21 de junio de 2001[147] parece admitir la procedencia del resarcimiento de daños morales en estos casos cuando concurran los requisitos previstos en el artículo 1902 CC, pero sin olvidar el derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 19 de la Constitución de decidir libremente el lugar de su residencia. En el supuesto de hecho contemplado en esta Sentencia, además de otras cuestiones, el esposo solicitó la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de daños morales ocasionados por la separación de sus hijos. Sustentó la acción en los artículos 1902, 1101 y 1107 CC alegando que el traslado de residencia de la demandada (su ex mujer) a Madrid llevando consigo a sus hijos, le había inflingido un gravísimo daño moral al apartarle injustamente de la compañía de éstos, impidiéndole en la práctica realizar las funciones tuitivas que como padre le correspondían, por lo que debía responder de las consecuencias dañosas de su conducta toda vez que con el aludido traslado de residencia sólo buscó el provecho propio con desprecio de los legítimos derechos que como padre tiene atribuidos.

---

traslado de residencia no le implique ningún inconveniente de horarios y costes. Los inconvenientes producidos por el régimen de visitas deben ser soportados por partes iguales tanto en su aspecto económico como temporal.

De ahí la conveniencia de establecer en el convenio o en la resolución judicial que el progenitor no custodio acudirá a recoger al menor, pero para la entrega deberá ser el progenitor custodio el que se desplace.

(145) Al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Ob. cit., p. 301, señala que para que la demanda prospere cuando hay una obstaculización u obstrucción por parte del progenitor guardador se requiere la existencia de dolo o culpa grave inexcusable.

(146) Algunos autores hacen referencia a los denominados privilegios de responsabilidad a partir de las normas de Derecho de Familia que ajustan los criterios de imputación de daños a las reglas sociales dominantes y, por esta vía, limitan la responsabilidad al dolo y la culpa grave, siendo conscientes de que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la graduación de la culpa en grave, leve o levísima carece de relevancia. Véase SALVADOR CODERCH, P.; RAMOS GONZÁLEZ, S., y LUNA YERGA, A., *Un ojo de la cara,* Indret, 3/2000. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN, Ob. cit., p. 280, señala que es claro que para apreciar la responsabilidad civil en la conducta del progenitor conviviente con el menor ha de existir dolo o culpa grave. Cabe entender que no hay dolo a culpa grave en principio en el progenitor que tiene la guarda de los menores y se traslada a vivir a otra ciudad o a otro país, tras la separación o el divorcio, con la consecuencia ciertamente negativa para el progenitor no conviviente, de que éste se ve separado de los niños e imposibilitado, por tanto, de una relación, física al menos, más cotidiana con sus hijos. A mi juicio habrá que examinar si el traslado está o no justificado.

(147) El Derecho 2001/40574.

Aunque la Audiencia desestimó la acción de indemnización por daños morales es interesante destacar que lo fundamentó precisamente en que en el supuesto de hecho no se daban los requisitos previstos en el artículo 1902 CC para generar la responsabilidad que dicho precepto contempla; lo que podría poner de relieve, *a sensu contrario*, que hubiera sido procedente en caso de haber concurrido éstos: «ciertamente los procesos de crisis matrimoniales comportan la necesaria separación de los hijos del progenitor que no obtiene la guarda y custodia de los mismos, pero tal consecuencia... no puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC, porque no se advierte en la demandada la conducta culposa o negligente desencadenante de la precitada responsabilidad».

Si que han considerado los tribunales los elevados gastos que en ocasiones se generan como consecuencia del ejercicio del derecho de comunicación y estancias. Existen supuestos ciertamente graves, porque la imposibilidad de hacer efectivo el derecho-deber de comunicación y estancias se debe a que los progenitores residen en países diferentes, lo que provoca gastos cuantiosos cada vez que se pretende el ejercicio del este derecho. Estos gastos han sido tenidos en cuenta, en ocasiones, en el establecimiento de la pensión de alimentos o, en su caso, en la suspensión de éstos en periodos vacacionales. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 11 de abril de 2000[(148)] en un proceso de divorcio, teniendo en cuenta que la madre, con la que convivían los hijos, había fijado su residencia en Méjico y el padre vivía en España señaló que »si bien es doctrina general el que la pensión de alimentos representa una cantidad alzada que trata de fijar un prorrateo anual, según las necesidades del menor, y de cuyo pago no se exime al progenitor deudor en ningún caso, siendo totalmente indiferente que en un determinado periodo de tiempo tenga al hijo alimentista en su compañía; dicha doctrina general no resulta de aplicación en el presente caso, en el que el ejercicio del derecho de comunicación y estancias, tanto durante los dos meses del periodo vacacional de los las hijas en España junto al padre, y el relativo a la estancia del padre en Méjico a los mismos efectos, conlleva unos gastos acreditados excepcionales (de viaje, estancia, etc.) muy por encima de los que se generan en los demás supuestos; que deben incidir no sólo para el establecimiento de la pensión mensual, sino para la suspensión en el período vacacional de las hijas en España, siempre y cuando se desarrolle con carácter efectivo».

En los casos en que el desplazamiento por parte del progenitor no custodio no supone una cuantía elevada los tribunales rechazan que deba existir por este concepto resarcimiento alguno. Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 23 de marzo de 1994 en la que la Sala declara procedente el recurso de apelación presentado por la esposa contra la Sentencia del Juzgado que había establecido la siguiente medida: «el padre tendrá derecho a ser resarcido por la madre de los gastos ocasionados por estos desplazamientos...». La Audiencia considera que existe incongruencia con lo pedido por las partes, ya que se concede más de lo solicitado, porque no figuraba en el convenio regulador petición alguna de resarcimiento del padre con cargo a la madre de los gastos ocasionados por los desplazamientos que tuviera que hacer para cumplir con su régimen de comunicación y estancias.

(148) *AC* 2000/3778.

Finalmente, cabría plantear si abrir una vía a la introducción del derecho de daños en esta materia va o no en contra de las funciones propias de la responsabilidad civil. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, la responsabilidad civil debe cumplir una función preventiva, es decir, disuadir de la realización de futuros comportamientos vulneradores y, una función compensatoria que garantice a la víctima del daño la necesaria compensación por la pérdida sufrida. Sólo si entendemos el papel de la compensación estrictamente en su función distributiva de pérdidas (distribución de costes entre el más amplio número posible) podría cuestionarse el planteamiento llevado a cabo en este estudio; pero la función primordial del Derecho de daños, como señala Pantaleón[(149)], es lograr la justicia conmutativa entre dañante y dañado y este objetivo se ve realizado con la reparación de los daños causados en los supuestos planteados.

B) El Tribunal Supremo admite el resarcimiento de daños en las relaciones paterno-filiales

La Sentencia de 30 de junio de 2009[(150)] ha resuelto favorablemente el primer supuesto de hecho de daños por privación injustificada de relaciones paterno-filiales. Este supuesto pertenece a los denominados casos difíciles a juicio de la ponente de la Sentencia, Dra. ROCA I TRÍAS[(151)]. Así señala que el concepto de caso difícil en responsabilidad extracontractual debe referirse a aquel en que concurren diversos posibles criterios para la final imputación del daño, ya sean el riesgo, la responsabilidad por hecho de otro, la culpa de la propia víctima, etc.

Esta Sentencia no debe ser interpretada, «de modo erróneo, como un cambio de rumbo en la posición del Tribunal Supremo»[(152)], pero sí como una «apertura en el camino hacia del resarcimiento de daños en el campo del Derecho de Familia».

En el supuesto de hecho D. Paulino y Dña. Remedios mantenían una relación sentimental. El hijo de Dña. Remedios fue reconocido como propio por D. Paulino, a pesar de no ser biológico, figurando en el Libro de Familia como hijo de ambos, con el nombre de José Ángel. Dña. Remedios se adhirió a la iglesia de la Cienciología.

El 23 de agosto de 1991, Dña. Remedios se trasladó a Florida con su otro hijo, Maximiliano, no regresando a España. Inmediatamente D. Paulino denunció el hecho, finalizando el procedimiento por auto de archivo el 3 de octubre de 1991.

---

(149) PANTALEÓN PRIETO, F., *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual,* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 4 (2000), Madrid, 2001, p. 174: «es un error mantener que sólo es socialmente útil lo que mejora la eficiencia en la asignación de recursos; también la realización de la justicia conmutativa que persigue la responsabilidad civil puede considerarse útil desde un punto de vista social».

(150) Núm. de Resolución 512/2009.

(151) ROCA I TRÍAS, E., *El riesgo como criterio de imputación subjetiva en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español,* Indret, núm. 4/2009.

(152) En este sentido, MARTÍN CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Damages in Family Matters in Spain: exploring uncharted new land or backsliding?», *The international survey of Family Law*, Family Law, Jordan Publishing limited, 2010, pp. 348 y 349.

A petición de D. Paulino, el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid el 13 de octubre de 1992 dictó un auto en el procedimiento de medidas cautelares en el que se acordó la atribución sobre la guarda y custodia sobre el menor José Ángel, a su padre por existir sospechas de que la convivencia con la madre podía afectar la personalidad del menor. Dicho Auto fue confirmado por el Juzgado de Primera Instancia y posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid en 1995 con los siguientes argumentos:

— Aparte de las orientaciones religiosas de la madre, ésta se había desplazado a los Estados Unidos privando al padre de forma unilateral e injustificada del ejercicio de los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad desde 1991.

— Lo excluyó de toda decisión relativa a la educación del hijo.

— Había hecho caso omiso del auto que ordenaba la atribución de la custodia al padre «lo que no excluía la revisión del pronunciamiento una vez se practicara informe pericial psicológico del grupo familiar, que hubiera permitido una mayor aproximación a la problemática del caso.

— En especial, la incidencia, positiva, negativa o neutra, que la adscripción de la Sra. Remedios a la denominada Iglesia de la Cienciología pueda tener sobre su hijo, al no poder descartar al efecto, y a tenor del contexto de lo actuado, probables factores de riesgo, que en tanto no sean definitivamente descartados, justifican e incluso imponen, una resolución del tenor de la impugnada».

D. Paulino trató de ejecutar la sentencia en Estados Unidos, donde vivía su hijo, no consiguiéndolo debido a su situación económica; formuló diversas reclamaciones ante el Presidente del Gobierno, quien le remitió al Ministerio de Asuntos exteriores; acudió a la Dirección General de Protección jurídica del menor del Ministerio de Asuntos sociales y al Defensor del Pueblo e incluso intentó que se le tuviera como parte en el proceso seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Madrid contra Dianética-Cienciología, sin éxito.

D. Paulino demandó a Remedios, al CENTRO DE MEJORAMIENTO PERSONAL A.C. y a la ASOCIACIÓN CIVIL DIANÉTICA, nombre con el que la Iglesia de la Cienciología está inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior. En su demanda ejerció una acción de responsabilidad extracontractual, pidiendo que se condenara a los demandados a pagar solidariamente la indemnización solicitada de 35.000.000 ptas. (210.354,24 €) por el daño moral producido al actor tras ser captada Dña. Remedios por dicha Asociación y dicho Centro, pertenecientes a la Iglesia de la Cienciología y ser privado el actor posteriormente y en contra de su voluntad, de su hijo José Ángel desde el día 23 de agosto de 1991, sin regresar hasta el momento de la presentación de la demanda, a pesar de que se había atribuido la guarda y custodia del menor al demandante D. Paulino.

Contestaron los demandados y alegaron dos excepciones procesales: la de defecto formal en el modo de proponer la demanda y la de prescripción, porque consideraban que el *dies a quo* para la interposición de la demanda fue el 23 de agosto de 1991 y, habiendo sido presentada el 16 de octubre de 1998, había transcurrido con creces el plazo de un año marcado en el *artículo 1968.2 CC* para el ejercicio de las acciones derivadas de responsabilidad extracontractual. Además, alegaron el derecho a la libertad religiosa de Dña.

Remedios, la ausencia de auténtico núcleo familiar al faltar la relación de convivencia, la falta de atención de D. Paulino a su hijo, a quien había reconocido a pesar de no serlo biológico y otras cuestiones.

La *Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 12 de Madrid, de 2 de abril de 2003*, desestimó la demanda al apreciar la concurrencia de la prescripción, tanto si se contaba el plazo desde la salida de España del menor, como desde el archivo de las diligencias penales incoadas por la desaparición del hijo.

D. Paulino apeló dicha *sentencia, que fue confirmada por la de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de octubre de 2004*. La parte apelante sostuvo que al tratarse de un daño continuado consistente en la privación de estar el demandante en la compañía del menor, dicho plazo de inicio del cómputo no puede contarse desde un día concreto, sino que se mantiene en el tiempo mientras permanezca esta situación. La sentencia recurrida niega que ello sea así y dice que el daño se produce cuando «el menor es llevado por su madre a los Estados Unidos de América, a partir de ese momento cabía ya el inicio de acciones civiles o penales, por lo que una vez finalizada las acciones penales seguidas por los mismos hechos es a partir de la finalización de las mismas cuando podía acudir a la vía civil». Por ello confirma la sentencia apelada.

D. Paulino interpuso recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el *artículo 477.3*, en relación con el *artículo 477.2, 3 LEC*, que fue admitido por *Auto de esta Sala de 15 de abril de 2008*.

Señala en primer lugar el recurrente que, a su entender, no se ha producido la prescripción por tratarse de un daño continuado, en cuyo caso el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo y mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, no comienza a correr el plazo, siendo así, por tanto, que la prescripción debe iniciarse al año en que finalice el derecho a la guarda y custodia por cumplir el hijo la mayoría de edad. Dado que José Ángel nació el 23 de agosto de 1984, adquirió la mayoría de edad el 23 de agosto de 2002, siendo un año después cuando se consolida el daño.

El motivo segundo señala la infracción de las *sentencias de esta Sala de 7 de abril de 1997, 24 de mayo de 1993 y 16 de enero de 1989*, en relación a la doctrina de la prescripción.

Los motivos se estiman.

El recurrente y actor ejerció contra los demandados una acción de responsabilidad civil extracontractual por haberse visto privado de la relación con su hijo José Ángel al haber sido trasladado a Estados Unidos por su madre, quien no permitió en ningún momento después de dicho traslado que el padre tuviese relaciones con su hijo, como se considera probado en las sentencias recaídas en el anterior litigio, resumidas en el Fundamento primero de esta sentencia, que atribuyeron al padre la guarda y custodia de su hijo Maximiliano. Tanto la sentencia de 1.ª Instancia del Juzgado núm. 12 de Madrid, como la ahora recurrida entienden que el *dies a quo* para la prescripción de la acción de responsabilidad interpuesta debe fijarse en el momento en que Dña. Remedios trasladó a su hijo a los Estados Unidos, sin tener en cuenta que la privación de los contactos con el hijo ha ido manteniéndose a lo largo de su minoría de edad y, por lo tanto, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción y para

contar el plazo del año de acuerdo con el *artículo 1968.2 CC* es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad, es decir, el 21 de agosto de 2002, porque en cualquier momento podría haber recuperado el padre la guarda y custodia. Por consiguiente, el daño solo se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad.

En definitiva, el Tribunal Supremo estima que se ha producido un daño continuado, en cuyo caso el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo y mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico no comienza a correr el plazo, siendo así, por tanto, que la prescripción debe iniciarse al año en que finalice el derecho a la guarda y custodia(153).

Se echa de menos, como ha señalado RODRÍGUEZ GUITIÁN(154), la regulación en el Código civil de la institución de la suspensión de la prescripción por razones familiares o personales, recogida en el artículo 121-16 del Libro II del CC de Cataluña, relativo a persona y familia, modificado por Ley 25/2010, de 29 de julio, ya que de esta forma en las acciones entre cónyuges o entre el titular de la patria potestad y la persona sujeta a ésta, la prescripción no comienza hasta la separación judicial o de hecho o hasta la extinción de la patria potestad respectivamente.

El Tribunal añade que aunque se ha ejercido la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del *artículo 1902 CC*, en realidad la demandada ha infringido, al menos, una obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el *artículo 160 CC* que establece el derecho de los progenitores a relacionarse con el hijo.

Debemos examinar, por consiguiente, los requisitos que esta Sala ha venido exigiendo para la existencia de la obligación de responder de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 1902 CC*.

---

(153) En este punto, cabe señalar cómo en una decisión más reciente del Tribunal Supremo, en concreto en la Sentencia de 14 de julio de 2010, en un supuesto de daños entre cónyuges por incumplimiento del deber de fidelidad y posterior ocultación por parte de la esposa de la paternidad biológica del hijo, distinto, por tanto, al supuesto objeto de examen no prospera la acción por entender el tribunal no existen daños continuados sino daños duraderos o permanentes y la acción ha prescrito. El demandante alega que el daño comenzó con el proceso de separación cuando, tras una discusión con la esposa, el marido sufre un pequeño síncope, seguido de un síncope cardiogénico con implantación de marcapasos, continúa cuando con posterioridad conoce la infidelidad de la mujer y descubre la verdadera paternidad de la que hasta entonces consideraba su hija y termina cuando a través de un informe médico tiene conocimiento de las consecuencias de la miocardiopatía dilatada. El Tribunal Supremo entiende que lo que existen son daños duraderos o permanentes. Define como daño duradero aquel que se produce en un momento determinado por el comportamiento del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad de agravarse por factores ya del todo ajenos a la conducta del demandado. En este caso, el plazo empieza a correr desde que lo supo el agraviado. Sin embargo, en los daños continuados la regla es que el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual es el de la producción del resultado definitivo. La Sentencia puede verse en *Diario La Ley* de 25 de noviembre de 2010, núm. 7517, la Ley 148064/2010.

(154) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio» (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), *Diario La Ley*, núm. 7582, 4 de marzo de 2011, La Ley 1671/2011, pp. 3 y ss.

C) Requisitos exigibles para la existencia de una obligación de responder

a) Concurrencia de acción u omisión en la que interviene culpa o negligencia

El primer requisito exigido consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Conviene analizarlo tomando como base la sentencia que se está examinando del Tribunal Supremo.

La sentencia señala que de acuerdo con los antecedentes resumidos en el Fundamento de derecho primero y los documentos que aparecen en los autos, debe distinguirse entre la conducta de Dña. Remedios y la de los otros dos demandados. Dña. Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido: en primer lugar, impidiendo que el menor pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el *artículo 160 CC; y en segundo* lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, que conocía perfectamente porque en las diversas resoluciones reseñadas aparece actuando por medio de procurador. Por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales.

Como ya se ha destacado, no creemos que el incumplimiento de una obligación legal, que de modo indirecto recae sobre el progenitor conviviente de suyo, genere responsabilidad, porque como ya se ha señalado, tiene que haber una situación subjetiva que justifique tal pretensión; en concreto, que produzca un daño en el desarrollo de la personalidad del menor entendida en sentido amplio(155) o que se produzca en el progenitor al que se le ha obstaculizado las relaciones paterno-filiales perturbaciones neuropsíquicas, dolor, ansiedad, depresión, pérdida del trabajo...; en definitiva, lo que se podría calificar de lesión a su integridad física y psíquica.

Sí que se puede deducir la existencia de dolo por la referencia del Tribunal a «la acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales». La madre era conocedora de la sentencia que otorgó la guarda y custodia al padre, ya que había interpuesto los oportunos recursos contra ésta. De ahí, que se pueda afirmar que el Tribunal Supremo «identifica dolo con conocimiento. Es claro que existe dolo, en cuanto es un hecho probado que ella conoce la existencia y el contenido de la resolución judicial que atribuye al padre la guarda y custodia del menor»(156).

No ocurre lo mismo con las otras demandadas, la Asociación civil DIANÉTICA y el CENTRO DE MEJORAMIENTO PERSONAL. La influencia que pudieran haber ejercido en Dña. Remedios no puede ser objeto de decisión en esta sentencia por falta de prueba y para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el *artículo 16 CE*. Además, no puede serles atribuida ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre

(155) DE VERDA BEAMONTE, J.R., Ob. cit., p. 19, fundamenta el derecho de los padres a tener relaciones con los hijos que no convivan en el derecho a la intimidad familiar, protegido por el artículo 18 de la Constitución, posición que a su juicio defiende el TEDH.

(156) RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., Ob. cit., p. 1845, quien se muestra partidaria de que la reparación de daños entre familiares que derivan de la lesión de derechos fundamentales del familiar víctima, debe requerir que dicha lesión sea causada con dolo o culpa grave, en aras de conciliar los principios directrices del Derecho de familia y del Derecho de daños.

padre e hijo, básicamente, porque no concurre en ellas la necesaria imputación objetiva. En consecuencia, la acción de responsabilidad debe quedar limitada a la madre del menor, Remedios.

b) Concurrencia del daño

El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño. La sentencia señala que el tema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos, cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no solo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo.

Ahora bien, la pregunta sería ¿Cuál es la situación subjetiva que justifica tal pretensión? ¿Cuáles son los daños que efectivamente se causaron?

El daño, según el tribunal, existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro[(157)], sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor.

En este caso, sólo se solicitaron daños morales y el Tribunal Supremo consideró adecuada la cantidad de 60.000 euros, aunque la sentencia no detalla los criterios de concreción de éstos, ni la situación subjetiva del padre.

También podían haberse solicitado daños materiales concretados en los gastos devengados de los diversos procedimientos judiciales llevados a cabo desde que el hijo marchó a Estados Unidos.

c) Relación de causalidad

En cuanto a la relación de causalidad la entiende en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica. En su virtud, señala la sentencia, «cabe atribuir jurídicamente —imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil que, que en el caso pertenece al campo extracontractual»[(158)]. El Tribunal Supremo establece la distinción entre causalidad fáctica y causalidad jurídica señalando que «la segunda es la que permite imputar la responsabilidad con valoración de los antecedentes causales y de

(157) Hay que tener en cuenta que en este caso no se pudo hacer efectivo el ejercicio de la guarda y custodia por parte del padre lo que perjudica, evidentemente, al hijo

(158) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2007, *RJ* 2007/3542, señala que desde el punto de vista de la imputación objetiva, los criterios del fin de protección de la norma fundamentadota de la responsabilidad y del incremento del riesgo justifican la existencia de causalidad jurídica.

otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción tiñe de antijuridicidad el comportamiento considerado fuente de responsabilidad»[159].

La doctrina[160] pone de relieve cómo la Sala Civil del Tribunal Supremo lleva ya varios años aplicando esta doctrina en diversos contextos, con lo que parece consolidado el criterio predominante en la doctrina penal y civil según la cual, la relación de causalidad que exige la ley no consiste únicamente en la llamada causalidad natural o de hecho sino que también incluye la llamada causalidad jurídica. En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2009[161] especifica que «el nexo de causalidad no puede ser establecido únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el plano externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito científico suele llamarse imputación objetiva». Esta última supone establecer las razones para poner o no poner ciertos daños a cargo del causante; cuáles son los factores para que un daño causado por un individuo pueda finalmente serle imputado y en que medida.

En el caso concreto cabría preguntarse si la protección del padre perjudicado no queda demasiado lejos para poner a su cargo tales daños y la finalidad de la norma que le protege; o, en otros términos, la finalidad del interés protegido.

Finalmente, en cuanto a la valoración del daño, el Tribunal Supremo reconoce que se trata de un daño moral, «que resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos», considerando adecuada la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta que el daño es irreversible.

En definitiva, si bien esta sentencia abre una vía al resarcimiento de daños, considero que éstos deben manifestarse como ciertos, de tal manera que la mera imposibilidad deberá traducirse en daños materiales y/o morales para que sean objeto de resarcimiento.

(159) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008, *RJ* 2008/6913.

(160) RIBOT IGUALADA, J., «La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro», BIB2009/695, *Aranzadi civil*, núm. 7/2009, Aranzadi *Westlaw.es*.

(161) *RJ* 2009/1631 que además relaciona los criterios de imputación objetiva con reconocidos doctrinal y jurisprudencialmente con los que se recogen, con carácter no exhaustivo, en los Principios de derecho Europeo de la responsabilidad civil, especialmente el artículo 3:201 PETL.

ESTATUTO DEL CÓNYUGE DEL PROGENITOR. LEGISLACIÓN EUROPEA[1]

ÍÑIGO MATEO Y VILLA[2]
Registrador de la Propiedad

RESUMEN

Estatuto del cónyuge del progenitor. Legislación europea

La estructura de las familias españolas ha cambiado sustantivamente. A día de hoy, son muchos los hogares en los que los hijos no pertenecen a ambos cónyuges sino solo a uno de ellos, fruto de relaciones anteriores. Ante esta situación, el ordenamiento jurídico ha de plantearse si resulta necesario conceder derechos a los cónyuges no progenitores de manera que éstos puedan afectar la esfera personal y patrimonial del menor. Esta cuestión ha sido especialmente tratada en las legislaciones aragonesa y catalana y en otras europeas en las que se ha dado cabida a estos terceros en la patria potestad del menor pese a no ser sus progenitores. En cambio, nuestro Código civil no ha tenido en cuenta esta posibilidad de suerte que solo los padres pueden ejercer la patria potestad sobre el menor. El autor analiza las respuestas que los diversos ordenamientos jurídicos europeos han dado a esta cuestión para que sirva de documento de partida ante una eventual discusión de nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras Clave: Patria potestad; cónyuge del progenitor; padrastro; hijastro; derecho de europeo de familia.

ABSTRACT

Statute of the progenitor's spouse. European legislation

The structure of the Spanish families has changed substantively. Today, they are many families in which the children don't belong to both spouses but only to one of them, from a previous relationship. In this situation, the legal system must think about if it is necessary to grant rights to the non progenitors spouses so that these can affect the minor's personal and patrimonial field. This matter has been specially dealt with by the Aragonese, Catalan and other Europeans legislations and they have given parental rights to these third parties despite not being their progenitors. On the contrary, our Civil Code has not taken into account this option and the only ones with parental rights are the progenitors. The author analyzes the answers that the diverse European legal systems have given to this problem so that it can be used as a starting document in view of an eventual discussion of our legal system.

Key Words: Parental rights; the progenitor's spouse; stepfather; stepchild; European family law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.
II. SITUACIÓN EN FRANCIA.
III. SITUACIÓN EN EL REINO UNIDO.
IV. SITUACIÓN EN ALEMANIA, DINAMARCA Y PAÍSES BAJOS

(1) Este artículo se basa en la ponencia presentada por el autor bajo el título «El estatuto jurídico del padrastro» y que tuvo lugar el 5 de abril de 2011 en el *Congreso Internacional de Filiación, patria potestad y relaciones familiares en las sociedades contemporáneas* celebrado en Madrid, los días 4 a 6 de abril de 2011 y organizado por el Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España.

(2) Para cualquier aclaración o sugerencia dirigirse a <imateovilla@gmail.com>.

V. SITUACIÓN EN SUIZA
VI. SITUACIÓN EN SUECIA.
VII. SITUACIÓN EN BÉLGICA Y EN ITALIA.
1. **Situación en Bélgica.**
2. **Situación en Italia.**
VIII. SITUACIÓN EN ESPAÑA.
1. **En el Derecho común español.**
2. **En el Derecho aragonés.**
3. **En el Derecho catalán.**
IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez son más numerosos los casos de familias recompuestas o reconstituidas, en las que uno o los dos nuevos esposos (o convivientes) tienen hijos menores de una anterior unión, y, respecto de los cuales, el cónyuge (o conviviente) no progenitor realiza una función no siempre reconocida por el Derecho. En la actualidad, en Francia, uno de cada diez menores de edad convive con un padrastro o madrastra —que así se ha denominado siempre a las personas que, sin vínculo de paternidad, venían a desempeñar, de hecho, funciones de padre o de madre, respecto de los hijos de su consorte, y a las que la literatura universal trató siempre con desconfianza, cuando no, peyorativamente—, en el seno de una familia reconstituida[(3)].

En este sentido, hay que destacar la reciente reforma del Derecho de familia catalán, que viene a permitir al cónyuge o conviviente del progenitor, durante la convivencia con éste, intervenir en el ejercicio de la patria potestad, en relación a la educación, atención a las necesidades ordinarias y demás aspectos que afectan al menor (artículo 236-14 del *Codi civil*). Además prevé la posibilidad de que, una vez muerto el progenitor que tenía la guarda de forma exclusiva, si el otro progenitor no la recupera, la autoridad judicial atribuya excepcionalmente al viudo o al conviviente superviviente la guarda y las demás responsabilidades parentales, siempre y cuando eso sea favorable al interés del menor y se garantice que tanto el menor como el otro progenitor han sido escuchados (artículo 236-15 del *Codi civil*).

Ahora bien, la introducción del cónyuge del progenitor en la esfera jurídica del menor ya existía en otros Derechos europeos y también en el derecho aragonés. Por lo que respecta

(3) En España no existen estadísticas sobre segundas familias (el INE no las elabora), pero, puesto que el número de segundos matrimonios viene a estar en torno al 6%, Bosch calcula que el número de aquéllas debe constituir el 5% del total de familias (BOSCH, Antoni, «Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial», *Ponència a les XIII Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010 <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm#_ftn2>).

al Código civil, la intervención del cónyuge del progenitor queda reducida al sufragio de los gastos de alimentación y educación y a que pueda adoptar al hijo de cónyuge o conviviente.

El presente trabajo tiene por objeto el examen de diferentes ordenamientos civiles europeos, relativo a la situación del cónyuge o conviviente del progenitor respecto del hijo o hija de éste, o lo que es lo mismo, al estatuto jurídico del padrastro. Es indudable que la terminación de las relaciones entre una pareja con hijos comunes seguida de una nueva unión —mediante nuevo matrimonio civil o canónico o constitución de pareja de hecho, y que llamaremos la *pareja reconstituida*— de uno de los miembros de aquélla con un tercero —el padrastro o la madrastra— producen una suerte de relación práctica entre el hijastro y el padrastro. Esta relación fáctica requiere de una mínima regulación jurídica que determine claramente si existen o no derechos y obligaciones entre ambos y, en caso de haberlos, cuáles son éstos, su extensión y su contenido.

De los ordenamientos civiles que examinaremos, todos, a excepción del belga y del italiano, así como del español —con la salvedad de los derechos territoriales de Aragón y Cataluña—, todos tienen previsiones relativas a las relaciones del padrastro y el menor, si bien las soluciones adoptadas son diferentes en grado e intensidad, y afectan a ámbitos diversos. La ley británica, por ejemplo, permite al padrastro compartir la patria potestad con los progenitores, independientemente del estatuto jurídico y la orientación sexual de la pareja reconstituida; mientras que, en las legislaciones alemana, danesa y holandesa, la participación del padrastro en el ejercicio de la patria potestad está supeditada al hecho de que ésta sea ejercida por uno solo de los dos progenitores. Por su parte, el Derecho sueco sólo reconoce al padrastro esa posición jurídica en el caso de los menores nacidos en el seno de parejas homosexuales. Y el Derecho suizo únicamente considera al padrastro como un auxiliar del progenitor.

Denominaremos *progenitores* a los padres del *menor*; *padrastro* al nuevo cónyuge o conviviente del progenitor; y *progenitor-tercero* al otro progenitor, con independencia de si ha contraído o no nuevo matrimonio o constituido nueva pareja de hecho con un tercero dado que esta circunstancia añade un sujeto más a la relación —que bien podríamos denominar *el segundo padrastro*— pero que no altera la naturaleza de su posición jurídica. Por último, emplearemos el término «pareja de hecho» para referirnos a todas las formas jurídicas similares a la nuestra comprendiendo, entre otros, el *pacto francés civil de solidaridad*.

II. SITUACIÓN EN FRANCIA

En Francia, el padrastro no tiene, en principio, ningún derecho ni ningún deber respecto del hijo de su cónyuge o persona con la que viva. Sin embargo, dos disposiciones del Código civil admiten una intervención del padrastro en el ejercicio de la patria potestad: una le permite ejercer total o parcialmente la patria potestad sobre ese menor (*délégation volontaire*), y la otra, le permite participar en el ejercicio de la patria potestad junto con uno de los dos progenitores, e, incluso, con los dos (*délégation-partage*)[4]. Con todo, estas medidas no es-

(4) Sobre la cuestión, *vid.* GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline y MURAT, Pierre, «L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant», *Droit de la famille*, janvier 2003, pp. 4 y ss. GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline, «La loi du 4

tán reservadas al padrastro o madrastra, sino que pueden actuar también respecto de otros terceros. En todos los casos, es necesaria una resolución del Juez de Familia, a instancia únicamente del o de los progenitores que detentan la patria potestad.

La *délégation volontaire* por los progenitores a un tercero está regulada en el artículo 377 del *Code civil*, que prevé que el juez pueda decidir la delegación total o parcial del ejercicio de la patria potestad a algún «allegado digno de confianza» a petición de los padres, actuando conjunta o separadamente «cuando las circunstancias lo exijan».

La *délégation-partage*, introducida por la Ley núm. 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, figura en el artículo 377-1 del *Code civil*, que declara que el juez puede establecer la partición de la patria potestad entre el o los progenitores y el tercero delegatario «para las necesidades educativas del menor». A diferencia de la delegación voluntaria, esta disposición permite al padrastro o madrastra participar en el ejercicio de la patria potestad sin que ninguno de los dos progenitores pierda sus prerrogativas. Como esta patria potestad compartida «necesita del acuerdo del o de los progenitores, en tanto que ejerzan la patria potestad», el padrastro se considera que actúa con el consentimiento presunto del progenitor o progenitores. Sin embargo, se requiere de consentimiento expreso de éstos para determinados actos graves.

La Ley núm. 2002-305, de 4 de marzo, sin haber llegado a crear un estatuto para el cónyuge o conviviente del progenitor, ha colaborado en organizar de alguna manera la familia recompuesta, y no sólo por lo dicho, sino porque el artículo 371-4, introducido también en esa reforma, afirma el derecho del menor a tener y conservar relaciones personales con tercero, sea pariente o no (el padrastro, por ejemplo). Sin embargo, esa relación no llega más lejos, y no existe deber ni derecho de alimentos entre el menor y el padrastro o madrastra.

La *Cour de cassation*, por resolución de 24 de febrero de 2006, autorizó la delegación parcial de la patria potestad por una madre en beneficio de su compañera, unida a ella como pareja de hecho. Considerando que «el artículo 377, párrafo primero, no se opone a que una madre, única titular de la patria potestad delegue su ejercicio en todo o en parte en la mujer con la que convive en unión estable y continua, cuando las circunstancias lo exijan y la medida sea conforme al interés superior del menor», la *Cour de cassation* ha contribuido a reconocer la figura de la madrastra en el interior de la pareja homosexual.

Desde hace algunos años, la multiplicación de familias recompuestas ha suscitado en Francia nuevas reflexiones sobre la posición jurídica de ese nuevo cónyuge o conviviente del progenitor. Así, en el *Rapport annuel du Défenseur des enfants*, de 2006[5] se trató

---

mars 2002 relative à l'autorité parentale», Dossier, *Actualité Juridique Famille*, avril 2002, pp. 124 y ss.; FULCHIRON, Hugues, «Le droit français face au phénomène des recompositions familiales», *Quels repères pour les familles recomposées?,* Paris, 1995; FULCHIRON, Hugues, «Autorité parentale et familles recomposées», en AA.VV., *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller: Droit des personnes et de la famille, liber amicorum*, Paris, 1994; FULCHIRON, Hugues, «L'autorité parentale rénovée», *Defrénois*, n.° 15, 37580, 2002; CADOLLE, Sylvie, «La beau-parentalité: le point de vue des enfants», en *Le Lien Familial*, Comprendre n.° 2, Paris, 2001; GRANET, Frédérique, «L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes», *Rapport au Haut conseil de la population et de la famille*, juillet 2003.

(5) *L'enfant au coeur des nouvelles parentalités Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui* (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>).

particularmente el «papel del tercero en la vida cotidiana del menor», y se propuso singularmente crear un «acuerdo de participación en el ejercicio de la patria potestad con un tercero» judicialmente homologado.

En 2008 se elaboró un anteproyecto de ley relativo a la patria potestad y a los derechos de terceros y, conforme a la *réponse* del Ministro de Justicia(6), ese texto distingue la participación en el ejercicio de la patria potestad de la delegación de la misma, y prevé que «la participación podrá llevarse a cabo por medio de acuerdo homologado por el Juez de Familia, que verificará su conformidad con el interés del menor. Por contra, la delegación siempre sólo podrá establecerse en sentencia».

El «estatuto del cónyuge del progenitor» debería haber estado listo para finales de 2009(7), pero no ha sido posible por diversas causas. En efecto, la patria potestad es un conjunto de prerrogativas de las que están investidos los padres del menor, relativas a su protección y educación. Se trata de un derecho del que los padres no pueden ser privados salvo en casos extremos, cuya su razón de ser el interés del menor. Ello la hace indisponible, prohibiendo la ley todo acuerdo meramente privado sobre ella.

Por otra parte, discute la doctrina francesa sobre la definición de la noción de «*beau-parent*» (que nosotros hemos traducido por «padrastro» o «madrastra») y sobre el alcance de la relación que debería existir entre ese tercero y el progenitor o progenitores. Se plantea que una mayor participación del padrastro en el ejercicio de la patria potestad situaría al menor en una posición precaria, siempre dependiente de las relaciones de pareja (más o menos estables) de sus progenitores. En efecto, conceder las prerrogativas de la patria potestad a un tercero, en una perspectiva temporal, instala al menor en una situación de inestabilidad en la que un nuevo padrastro puede suceder al antiguo, y así sucesivamente. Es decir, todo lo contrario de la estabilidad que el menor necesita para construir su personalidad. Por otra parte, se entiende que una medida de este tipo desplaza al progenitor con el que no convive el menor, lo que resulta contrario al espíritu de la ley, que persigue conservar los lazos efectivos del menor con sus dos progenitores en caso de separación o divorcio. Por ello, se viene afirmando que la única forma de establecer un vínculo entre el tercero (cónyuge o conviviente del progenitor), de mayor alcance que el que proporcionan actualmente los artículos 377 y 377-1 del *Code civil* sería a través de la adopción, que, además, no está afectada por la temporalidad, pues es irrevocable.

Sólo en ciertas situaciones excepcionales está de acuerdo la doctrina en que debería ser posible atribuir al padrastro o madrastra cierta responsabilidad y facultad de actuación en beneficio del menor, al margen de aquellos preceptos, para intervenir, a modo de ejemplo, en los siguientes casos:

---

(6) JO Sénat 12 marzo 2009.

(7) En noviembre, la única iniciativa consistió en la Proposición de ley n.° 96 (2009-2010) de Mme. Alima Boumediene-Thiery *et al.,* depositada en el Senado el 12 de noviembre de 2009, para la nueva redacción del primer apartado del artículo 365 del *Code civil*, del siguiente tenor: «L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint, partenaire d'un pacte civil de solidarité, ou concubin, du père ou de la mère de l'adopté; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec celui-ci, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité».

— Cuando los progenitores se nieguen a escolarizar al menor o a intervenirle quirúrgicamente de urgencia.

— Para poder recoger al menor del centro educativo, bastando que el progenitor hubiera dado el nombre de su nuevo cónyuge o conviviente.

— Para que el Juez de Familia pueda confiar al padrastro o madrastra la guarda del hijo del cónyuge o conviviente fallecido, siempre teniendo en cuenta el interés de ese menor.

III. SITUACIÓN EN EL REINO UNIDO

En cuanto al Reino Unido, a partir de una Ley de 1989 (*Children Act 1989*), que entró en vigor en 1991, el padrastro (*stepfather*) puede, al igual que cualquier tercero, dirigirse al Juez para solicitar que le sea adjudicada, conjuntamente con los progenitores, la patria potestad (*parental responsibility*) sobre el menor, mediante la declaración de que la vivienda del padrastro es la habitual del menor[8]. Tal atribución de la patria potestad es automática y puede beneficiar al padrastro, entendido en sentido amplio, como persona que vive con el progenitor, independientemente del estatuto jurídico y de la orientación sexual de la pareja reconstituida[9].

Por otra parte, desde la *The Adoption and Children Act 2002*[10], se permite al padrastro la adquisición de la patria potestad sobre el menor en el caso de parejas reconstituidas homosexuales y siempre que exista su inscripción en el Registro correspondiente. Para ello, el padrastro deberá llegar a un acuerdo con los titulares de la patria potestad sobre el menor y aprobado por el Juez. Frente al supuesto anterior, en este caso se refiere al padrastro *stricto sensu,* quedando descartado el supuesto de padrastros que no tengan una relación

---

(8) 4A. Acquisition of parental responsibility by step-parent.

(1) Where a child's parent («parent A») who has parental responsibility for the child is married to [or a civil partner of,] a person who is not the child's parent («the step-parent»):

(a) parent A or, if the other parent of the child also has parental responsibility for the child, both parents may by agreement with the step-parent provide for the step-parent to have parental responsibility for the child; or

(b) the court may, on the application of the step-parent, order that the step-parent shall have parental responsibility for the child.

(2) An agreement under subsection (1)(a) is also a «parental responsibility agreement», and section 4(2) applies in relation to such agreements as it applies in relation to parental responsibility agreements under section 4.

(3) A parental responsibility agreement under subsection (1)(a), or an order under subsection (1)(b), may only be brought to an end by an order of the court made on the application:

(a) of any person who has parental responsibility for the child; or

(b) with the leave of the court, of the child himself.

(4)The court may only grant leave under subsection (3)(b) if it is satisfied that the child has sufficient understanding to make the proposed application.

(9) Sobre la materia, *vid.* MASSON, J., «Old Families into New: a Status for Step-Parents», en *State, Law and the Family,* ed. M. Freeman, London, Tavistock, 1989. Con relación a los EEUU: LEBEY, Barbara, *Remarried with Children: Ten Secrets for Successfully Blending and Extending Your Family*, New York, 2004, y PAPERNOW, Patricia L., *Becoming a Stepfamily: Patterns of Development in Remarried Families*, San Francisco, 1993.

(10) Commencement No. 9, Order 2005.

jurídica formalizada con el cónyuge-progenitor —si bien se acepta como «relación jurídica formalizada», no sólo al matrimonio sino, también, a la pareja de hecho inscrita—. En todos los supuestos en los que un tercero obtenga la patria potestad, su posición será similar a la de los progenitores, de suerte que la patria potestad será efectivamente ejercida por tres personas simultáneamente. Todo este proceso de atribución de la patria potestad debe ir acompañado de las debidas consultas al menor para que conozca —en la forma y con la extensión adecuada a su madurez— la trascendencia de la decisión. El padrastro —que podrá ser la pareja del progenitor o un tercero— deberá acreditar su implicación en la vida del menor, la reciprocidad del compromiso y el fundamento de su solicitud que deberá basarse únicamente en el interés jurídico superior del menor. La adjudicación de esta patria potestad a favor del padrastro no supone merma de la de los progenitores. La patria potestad en favor del padrastro concluirá cuando el menor cumpla los dieciséis años, aunque, excepcionalmente, podrá ser prorrogada. En determinados supuestos, tasados legalmente no se requerirá la intervención del progenitor para adjudicar la patria potestad al padrastro o a un tercero. En estos casos, el Juez se pronunciará tomando en consideración, por una parte, las relaciones existentes entre el padrastro y el menor y, por otra, las perturbaciones que la concesión de la facultad de cambiar de residencia al menor le pueda eventualmente producir.

IV. SITUACIÓN EN ALEMANIA, DINAMARCA Y PAÍSES BAJOS

En Alemania, Dinamarca y los Países Bajos existe una norma específica relativa al ejercicio por parte del padrastro de la patria potestad. Tal participación está supeditada al hecho de que ésta sea ejercida por uno solo de los dos progenitores, de suerte que se concede prioridad a la filiación biológica, lo que limita el acceso de aquél a este ejercicio.

En Alemania, desde el año dos mil uno, la ley otorga al padrastro una forma limitada de patria potestad. La ley relativa a la pareja de hecho registrada (*eingetragene Lebenspartnerschaft)* que entró en vigor el 1 de agosto de 2001[(11)], concede al padrastro que constituya pareja de hecho registrada, «la patria potestad reducida» sobre el menor, siempre que el progenitor que forme pareja[(12)] con él sea el único titular de la patria potestad. El padrastro no puede ser titular de la patria potestad reducida en los dos casos siguientes: si no está casado con el cónyuge progenitor ni vinculado a éste por una pareja de hecho registrada o si la filiación del menor estuviera fijada respecto de ambos padres dado que aunque éstos se encuentren separados, ejercerán conjuntamente la patria potestad. La patria potestad atribuida al padrastro faculta a éste para —conjuntamente con el progenitor— decidir sobre las cuestiones ordinarias del menor —léase la vida cotidiana: vida escolar corriente, aten-

(11) Lebenspartnerschaftsgesetz de 16 de febrero 2001 (BGBI, I S. 266). Al respecto, vid. KORNMACHER, Stefan, Chancen und Risiken der eingetragenen Lebenspartnerschaft: Rechtliche Auswirkungen und Gestaltungsmöglichkeiten, Books on Demand GmbH, Norderstedt, 2004, MEYER, Thomas y MITTELSTÄDT, Andrea, Das Lebenspartnerschaftsgesetz. Kommentierende Darstellung anhand der Materialien, Bundesanzeiger, 2001 y, por último, SICKERT, Ariane, Die lebenspartnerschaftliche Familie: Das Lebenspartnerschaftsgesetz und Art. 6 Abs. 1 GG, Duncker & Humboldt, 2005.

(12) El padrastro que forme la pareja reconstruida homosexual tendrá la misma facultad que los progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

ción médica habitual, por ejemplo—. En caso de emergencia el padrastro tiene derecho a realizar todos los actos jurídicos que afecten al menor y que resulten necesarios, pero el progenitor titular de la patria potestad deberá ser informado inmediatamente. El Juez de Familia podrá decidir sobre el alcance de esta forma el ejercicio de la patria potestad siempre en interés del menor. La titularidad de la patria potestad a favor del padrastro concluirá cuando la pareja formada por el cónyuge-progenitor y padrastro concluya.

En Dinamarca, desde 1985, los padres biológicos pueden ponerse de acuerdo para transferir la patria potestad al padrastro tanto si éste está casado con el cónyuge y progenitor como si no lo está pero quedan excluidas las parejas reconstruidas homosexuales. Para que este acuerdo sea válido deberá ser comunicado a la administración local. La ley relativa a las asociaciones registradas —que quedan reservadas a las parejas homosexuales— excluye expresamente que esta disposición les resulte aplicable por lo que se impide el ejercicio conjunto de la patria potestad por las parejas homosexuales.

En los Países Bajos han ido todavía más lejos en el reconocimiento del padrastro, en el nuevo Código civil, con la finalidad de adaptar las normas relativas a la patria potestad a las nuevas formas de vida familiar. Desde el 1 de enero de 1998, las parejas —cualquiera que sea su configuración jurídica y conformación sexual— pueden obtener del Juez la titularidad de la denominada «la autoridad común», que, estrictamente, es equivalente a la patria potestad. La solicitud de los dos interesados requerirá que la patria potestad se ejerza por uno solo de los progenitores en el momento de la solicitud; que el padrastro que vaya a ejercer la patria potestad del menor mantenga relaciones personales con el menor; y que los dos miembros de la pareja reconstituida atiendan o se encarguen del menor durante al menos un año.

La adjudicación del ejercicio de la patria potestad se hará siembre en beneficio del menor, que deberá ser escuchado, incluso si fuera menor de doce años, y sin que las relaciones del menor con el otro progenitor se vean perjudicadas. Cuando el otro progenitor viva, el Juez deberá asegurarse de que quien opte por la patria potestad haya atendido al menor durante, al menos, un año y, segundo, que el progenitor ejerciente de la patria potestad la haya ostentado, al menos, durante tres años.

Además, desde el 1 de enero de 2002, la patria potestad común es atribuida de manera automática a las parejas reconstituidas —tanto heterosexuales como homosexuales[13]— casadas o vinculadas en unión de hecho, cuando se den las siguientes condiciones: a) que el menor haya nacido durante la vida de la pareja reconstituida y b) que la filiación esté establecida con respecto a un solo progenitor.

V. SITUACIÓN EN SUIZA

En Suiza, el sistema cambia de concepción de la situación al entender en el artículo 299 de su Código civil que el cónyuge del progenitor es su auxiliar o asistente de manera que no

(13) Las normas relativas a la autoridad común se aplicarán independientemente del estatuto jurídico y de la orientación sexual de la pareja reconstituida.

ostenta ningún derecho ni deber directo sobre el menor. Pero fija la posibilidad de representar al progenitor «cuando las circunstancias así lo exijan»[14].

Para el caso de las parejas del mismo sexo el régimen es idéntico. No en vano, el artículo 27 de la Ley federal del 18 de junio de 2004[15], sobre parejas de hecho registradas y formadas por personas del mismo sexo, contiene una transcripción del precitado artículo 299 del Código civil.

VI. SITUACIÓN EN SUECIA

El sistema general de ejercicio de la patria potestad en Suecia es similar al de otros países. El Código sueco de familia establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos cónyuges incluso en el supuesto de que éstos estén separados y los Servicios sociales deberán asegurarse de que los progenitores reciben la asistencia profesional eventualmente necesaria para llegar a un acuerdo sobre las diferentes modalidades posibles de ejercicio de la patria potestad.

De esta manera, Suecia no reconoce de manera general intervención alguna al cónyuge del progenitor en el ejercicio de la patria potestad.

Esto no obstante, existen tres excepciones a este principio, a saber: la primera es el caso de los menores nacidos en el seno de una pareja formada por personas del mismo sexo: la excepción consiste en que los miembros de la pareja compartirán automáticamente la patria potestad aunque no estén constituidos legalmente como pareja de hecho[16]; la segunda es que si uno de los progenitores que ejerciera la patria potestad falleciera, el cónyuge del

---

(14) Sobre la materia *vid.* NERSON, R., SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., FOKKEMA, D. C., *Mariage et famille en question: l'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la région scandinave*, Volumen 4, Editions du CNRS, 1980; EEKELAAR, J. y KATZ, S. N., *Marriage and cohabitation in contemporary societies: areas of legal, social and ethical change: an international and interdisciplinary study*, International Society on Family Law, Butterworths, 1980; RODIERE, R., *La tutelle des mineurs: étude de droit comparé en vue d'une réforme du droit français*, Recueil Sirey, 1950; CARBONNIER, J., *Droit civil: la famille*, Tomo II, Presses universitaires de France, 1998 y, del mismo autor, *Droit civil: la famille, l'enfant, le couple*, Presses universitaires de France, 1999.

(15) Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe. Disponible en <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c211_231.html>.

(16) La legislación sueca evolucionó en el sentido de aplicar por analogía los principios propios de las parejas heterosexuales estuvieran o no unidas legalmente. Inicialmente se exigió que las parejas formadas por personas del mismo sexo estuvieran unidas legalmente —lo que no se exigía a las heterosexuales—. En su versión inicial, la ley de 1994 de parejas de hecho creaba una equivalencia general de los efectos jurídicos de éstas con el matrimonio salvo determinadas excepciones —entre ellas la adopción, la autoridad parental y el acceso a la procreación médicamente asistida—. La evolución de la norma de parejas de hecho ha tendido a eliminar las diferencias entre ambas instituciones. Cuando el menor hubiera nacido en el seno de una pareja homosexual y los miembros de ésta no conformaran una pareja de hecho registrada, los progenitores adquirirán ambos la patria potestad de manera automática tras haber constituido la pareja de hecho de idéntica manera que en el caso de los menores nacidos en parejas heterosexuales y cuya patria potestad inicialmente se ejerciera únicamente por la mujer por no haber solicitado la fijación de la filiación el padre. Contraído el matrimonio entre los progenitores el marido adquirirá automáticamente la patria potestad sobre el menor. A partir del 1 de mayo de 2009 y en aplicación de la reforma aprobada el 1 de abril de 2009, las parejas homosexuales tuvieron, además, la posibilidad de contraer matrimonio entre sí de manera que la regulación de las parejas de hecho —reservada a las parejas homosexuales— quedara derogada con la extensión correspondiente.

progenitor podrá obtener judicialmente su titularidad; la tercera es que existe la posibilidad de que terceras personas puedan ejercer la patria potestad en casos excepcionales como, por ejemplo, el supuesto en el que su único titular hubiera sido privado de ella.

VII. SITUACIÓN EN BÉLGICA Y EN ITALIA

Pasamos a estudiar el grupo de países que se encuentran en el lado de la exclusión de terceras personas en el ejercicio de la patria potestad; no sólo a partir de un principio general sino, además, eliminando cualquier excepción al principio general —lo que les separa de legislaciones como la sueca, que acabamos de ver—.

Las legislaciones belga, española e italiana no contemplan en modo alguno la figura del cónyuge del progenitor que es un tercero sin poder alguno sobre el menor. En el caso de que el menor tuviera que ser atendido de manera urgente en un hospital, el cónyuge del progenitor no podría eventualmente consentir en la intervención quirúrgica que pudiera resultar necesaria asumiendo la autoridad médica la responsabilidad en tal sentido.

1. Situación en Bélgica

En Bélgica se sigue con el principio de que el padre y la madre ejercen conjuntamente la patria potestad sobre el menor, incluso cuando no vivan juntos; el cónyuge del progenitor es tratado como un tercero sin que exista ningún vínculo entre él y el menor sin que ostente ningún derecho ni deber hacia este último.

Esto no obstante, la situación podría evolucionar próximamente ya que desde el año dos mil uno se han presentado en torno a una docena de propuestas de ley relativas a la creación de un estatuto de «el parentesco o de la paternidad social» relativa al régimen jurídico aplicable eventualmente al cónyuge del progenitor. La finalidad es asignar derechos y deberes a éste o, incluso y en casos excepcionales, a terceros —sin relación de filiación con el menor— que en su caso puedan ejercer la patria potestad.

En general —y a salvo regímenes excepcionales ya señalados— estas propuestas legislativas defienden el nexo de la filiación biológica respecto del menor para el ejercicio de la patria potestad además de resultar exigible que exista un vínculo afectivo particular y previo materializado en el hecho de que quien vaya a ejercer la patria potestad —siempre en interés del menor— se haya ocupado de manera efectiva durante, al menos, tres años, de su educación. Nuevamente, la extensión de los derechos y deberes que puede contener esta atribución de la patria potestad es muy variable y dependerá de cada caso concreto.

Asimismo, en el 2003 y 2004 el Consejo de familia —a iniciativa del Gobierno belga—, examinó el régimen jurídico aplicable al cónyuge del progenitor respecto del menor. Este Consejo de familia se pronunció contra la fragmentación de la titularidad del ejercicio de la patria potestad manifestándose en favor de la patria potestad conjunta de los progenitores incluso cuando estuvieran separados; por ello, entendían, no debía concederse estatuto jurídico alguno al cónyuge del progenitor.

Además, desde el año dos mil tres las resoluciones del Tribunal Constitucional belga están creando un mar de fondo no tanto en el tratamiento en un determinado sentido como

en el tratamiento en sí mismo del problema. En concreto, los pronunciamientos del citado Tribunal empujan a la necesidad de definir las situaciones y condiciones en que la patria potestad podría atribuirse al cónyuge del progenitor. Efectivamente, una sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de octubre de 2003 invitó al legislador a «precisar de qué forma, en qué condiciones y según qué procedimiento la patria potestad podría, en interés del menor, extenderse a otras personas que no tengan un vínculo de filiación con él».

Actualmente, la adopción es la única institución jurídica en la que el cónyuge del progenitor —en este caso, adoptante— puede ostentar alguna representación sobre el menor adoptado, lo que sucederá con independencia de la forma jurídica adoptada por la pareja formada por adoptante con su cónyuge. Este régimen es extensible a las parejas homosexuales con independencia de su estatuto jurídico —matrimonio o pareja de hecho inscrita o no— en virtud de la Ley de 18 de mayo de 2006[17].

2. Situación en Italia

En cuanto a Italia, sigue con el régimen por el que los progenitores, aunque vivan separados, ejercerán conjuntamente la patria potestad y en defecto de uno lo hará el otro. Esto no obstante, el matrimonio entre el progenitor y su cónyuge crea una alianza entre este último y el menor que supone que no podrán contraer matrimonio entre sí mientras el vínculo jurídico persista. Resulta curiosa la especificación legal en tanto que para contraer nuevo matrimonio el cónyuge del progenitor deberá haber dejado sin efecto el anterior o la pareja de hecho que se hubiera constituido.

Por último, la adopción constituye la única posibilidad de que el cónyuge del progenitor —en este caso adoptante— pueda formalizar una relación jurídica con el adoptado.

VIII. SITUACIÓN EN ESPAÑA

1. En el Derecho común español

En lo que respecta a España, conviene subrayar que la dicción de los artículos 154, párrafo primero[18], y 156 *ab initio*[19] del Código civil español no reconoce la intervención de terceros ajenos a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre el menor si bien tampoco la excluye. Todo ello determina, en todo caso, la intervención de —sólo o al menos, según la postura que se adopte— los progenitores y, en caso de desacuerdo, la intervención del tercero judicial.

---

(17) Loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe; publicada en 2006. Disponible en <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/api2.pl?lg=fr&pd=2006-06-20&numac=2006009465>.

(18) «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres».

(19) «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez...».

En ningún caso se prevé —pero tampoco queda excluida— la posibilidad de que la patria potestad se comparta por alguien más que los progenitores. También en nuestro País es la adopción el único camino de introducir a un tercero en el ejercicio de la patria potestad sobre el menor adoptado y, además, con independencia de su orientación sexual a tenor del artículo 44, párrafo segundo, del Código civil[20].

2. En el Derecho aragonés

Ya en el artículo 9.3 de Compilación se establecía que «Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a éste, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor, concurriendo justa causa».

Esto suponía, por una parte, el expreso reconocimiento de la entrada de terceros distintos del Juez en el ejercicio de la patria potestad; la necesidad de que exista convivencia efectiva entre menor y cónyuge del progenitor de manera permanente y no meramente esporádica dentro de —añadimos nosotros— la vivienda que habitualmente se ocupe[21], y, por último, solicitud para el ejercicio de la patria potestad por parte del cónyuge del progenitor. Empero, existe la posible oposición del menor que deberá fundarse en «justa causa»; precisamente lo que no se exige para la solicitud del ejercicio de la patria potestad, como acabamos de ver. El legislador entendió que lo «natural» era el ejercicio de la patria potestad y lo que debía fundamentarse en «justa causa» era la razón para excluir el efecto «natural» de la convivencia del cónyuge del progenitor con el menor.

Más adelante, a través de los artículos 72 a 76[22] de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona relativos a la «Autoridad familiar de otras personas» distin-

---

(20) Modificado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que señala que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

(21) Vid. artículos 1320 del Código civil y 144 del Reglamento hipotecario respecto de la concepción patrimonial de la vivienda habitual.

(22) Los artículos rezan como sigue: Artículo 72. Autoridad familiar del padrastro o la madrastra. «1. El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. 2. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar»; Artículo 73. Autoridad familiar de los abuelos. «1. Fallecidos los padres, si no se hace aplicación de lo previsto en el artículo anterior, o cuando de hecho aquéllos no atiendan a sus hijos menores, los abuelos podrán tenerlos consigo para criarlos y educarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar. 2. Tendrán preferencia los abuelos de la rama con los que mejor relación tenga el nieto. Cuando los abuelos de la misma rama vivan separados, la preferencia corresponderá al que de ellos más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad»; Artículo 74. Autoridad familiar de los hermanos mayores. «1. En los mismos supuestos del artículo anterior, a falta de abuelos que se hagan cargo de la crianza y educación de los nietos, podrá hacerlo uno de sus hermanos mayor de edad, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar. 2. Tendrá preferencia el hermano que mejor relación tenga con el menor y, en última instancia, el de mayor edad»; Artículo 75. Régimen. «1. La autoridad familiar prevista en los artículos anteriores se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor. 2. Se estará al orden y al contenido señalados por la ley, salvo que, fallecidos los padres, alguno de ellos en el ejercicio de su autoridad familiar hubiera establecido otra cosa en instrumento público.3. Esta autoridad familiar, en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor, comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor. 4. Si no viven

tas de los progenitores se regula de manera ordenada y separada el régimen de ejercicio de la patria potestad por terceras personas y, entre ellas, el cónyuge del progenitor.

En tal sentido, una vez fallecido el progenitor, el cónyuge del progenitor podrá continuar con el desempeño de la patria potestad sobre el menor. La patria potestad también podrá ser desempeñada sucesivamente por los abuelos o los hermanos mayores del menor para el caso de que fallezcan los progenitores y no exista cónyuge del progenitor. Este tipo de patria potestad —de «Autoridad familiar» habla la precitada Ley— «se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor».

3. En el Derecho catalán

En cuanto a Cataluña —que por Ley 25/2010, de 29 de julio, ha aprobado el Libro del *Codi civil*, correspondiente a la persona y la familia— contiene dos preceptos que permiten al cónyuge del progenitor, y siempre que exista convivencia, intervenir en el ejercicio de la patria potestad en aspectos tales como la educación, las necesidades ordinarias y demás aspectos que afectan al menor (artículo 236-14 del *Codi civil*).

Además, se prevé la posibilidad de que, una vez muerto el progenitor que tenía la guarda de forma exclusiva, si el otro progenitor no la recupera, la autoridad judicial atribuya excepcionalmente al cónyuge viudo del progenitor fallecido la guarda y las demás responsabilidades parentales, siempre y cuando eso sea favorable al interés del menor y se garantice que tanto el menor como el otro progenitor han sido escuchados (artículo 236-15 del *Codi civil*).

Se invierte de esta manera el carácter «natural» de la patria potestad por parte del progenitor del cónyuge en tanto que deberá demostrarse el carácter favorable de la patria potestad que se pretende ejercer sin que tal carácter se presuma.

IX. CONCLUSIONES

— El régimen jurídico matrimonial o de parejas de hecho propio de las parejas heterosexuales se aplica en casi todos los países también a las homosexuales de manera que no existen, con excepciones, diferencias entre el régimen jurídico aplicable a unas y a otras;

---

los padres, solo por motivos de mal trato o incumplimiento de dicha función podrá ser separado el menor del titular o titulares de esta autoridad. 5. La autoridad familiar de otras personas se podrá hacer constar en el Registro Civil»; Artículo 76. Divergencias. «1. En caso de divergencias sobre la titularidad de esta autoridad familiar, cualquiera de los interesados en ella puede solicitar al Juez que resuelva la cuestión, si no prefieren todos acudir a la Junta de Parientes del menor con el mismo fin. 2. La Junta o el Juez, para decidir sobre la titularidad y la forma de ejercicio, oirá a los interesados y al menor que reúna los requisitos del artículo 3, y, teniendo en cuenta la previsión expresada al respecto si la hubiera, decidirá siempre en interés del menor; si el interés del menor lo requiere, promoverá otro régimen de guarda o protección. 3. Las divergencias entre los abuelos en el ejercicio de su autoridad familiar se resolverán según lo previsto para los padres».

— De acuerdo con lo anterior, el régimen aplicable al cónyuge del progenitor —para el caso de que se hubiera reconocido esta figura— resulta extensible, en la mayoría de los países, al supuesto en el que la pareja reconstituida lo sea de orientación homosexual;

— El cónyuge del progenitor aparece como figura nueva, consecuencia de la normalización no sólo de la ruptura de las uniones matrimoniales o de hecho inscritas sino, también, de la composición de nuevas parejas a partir de miembros que formaron otras anteriormente y que tuvieron hijos;

— No todos los países aceptan el reconocimiento del cónyuge del progenitor a los efectos de permitirle ejercer la patria potestad: desde aquellos sistemas que lo aceptan plenamente, pasando por aquellos que hablan de él como «auxiliar» hasta los que sencillamente ni lo mencionan y su regulación les impide todo acceso a la patria potestad. En todo caso, estos últimos regímenes están progresivamente cambiando;

— En tal sentido, existe una progresiva tendencia a entender como «natural» que el cónyuge del progenitor que convive con el menor y que por tanto mantiene relación con él ejerza algún tipo de poder sobre el menor;

— Resulta precisa la regulación de la relación jurídica existente entre el cónyuge del progenitor y el hijo, dado que es razonable pensar que se va a producir una relación entre ambos. El cónyuge del progenitor acabará llevando al menor al colegio o al médico, tomará decisiones que le afecten y, consecuentemente, debe tener un marco jurídico seguro en el que moverse para ejercer no sólo su autoridad jurídica sino, también, para asumir su responsabilidad respecto del menor hijo o hija de su compañero o compañera;

— Ahora bien, es preciso reconocer que si se acepta que el cónyuge del progenitor puede decidir eventualmente sobre la realización o no de una operación al menor o incidir en el tipo de educación que recibe deberá asumirse también que este cónyuge del progenitor pueda tomar decisiones que afecten al patrimonio del menor;

— En el caso concreto aragonés se ha regulado la participación de un tercero —que podrá concretarse en el padrastro, abuelo o hermano mayor— como forma de dar salida a los numerosos problemas que se generan a este respecto, si bien en otro código aún más reciente —el catalán—, no se recoge esta figura con tal extensión, y, por último,

— Como consecuencia de todo lo anterior, es deseable que en el Código civil español se regule esta materia tanto en los aspectos meramente personales como en los patrimoniales como forma de determinar qué bienes podrán ser adquiridos o enajenados por el tercero en nombre y representación del menor tanto con como sin intervención judicial de modo análogo a lo fijado en el artículo 166 del Código civil.

SOBRE UNA SOLICITUD DE PRUEBA DE PATERNIDAD PRENATAL: ÁMBITO DE TALES PRÁCTICAS

JORGE A. MARFIL

Abogado de Marfil Abogados. Madrid

PEDRO GONZÁLEZ POVEDA

Ex-Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Abogado de Marfil Abogados. Madrid

RAQUEL RODRÍGUEZ LÓPEZ

Facultativo de Genética Molecular de la Unidad de Genética del Complejo Hospitalario Universitario de Badajoz

RESUMEN

Sobre una solicitud de prueba de paternidad prenatal: ámbito de tales prácticas

Exponemos un ejemplo de solicitud de prueba de paternidad prenatal en el transcurso de un procedimiento de derecho civil matrimonial, respecto al que hemos sido consultados. El hecho se enmarca en relación a lo detallado en el artículo de opinión e informe sobre el impacto que en el Derecho de Familia pudiera tener la disponibilidad tecnológica de análisis de paternidad prenatal de fetos a partir de la semana 13 de su edad gestacional. En el caso que presentamos se ha pretendido la exclusión de paternidad previo nacimiento del hijo, habiéndose presentado la prueba de parte del supuesto padre biológico. Un dato muy importante en este inusual caso fue el hecho de que dicho análisis de paternidad prenatal pudo llevarse a cabo a partir de muestra de sangre periférica de la gestante, dándose la circunstancia de que al eludir la extracción de líquido amniótico mediante punción a la futura madre evitó el impedimento de la prueba por posible riesgo para el feto.

Palabras Clave: prueba de paternidad prenatal.

ABSTRACT

About an application of prenatal paternity test: framework of such practices

We present an example of application of prenatal paternity test in the course of a civil marriage law procedure regarding which we have been consulted. The fact is framed in relation to what is detailed in the article report and opinión referred to the impact that family law could have the technological availability of prenatal paternity test fetuses from 13 weeks gestational age. In the case presented has led to the first exclusion of paternity before the child's birth, having provided evidence of the alleged biological father. A very important fact in this unusual case was the fact that the prenatal paternity test could be carried out from peripheral blood samples of pregnant women, giving the fact that avoiding the extraction of amniotic fluid by puncturing the future mother prevented the impairment test for potential risk to the fetus.

Key Words: prenatal paternity test.

SUMARIO

I. EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA DEL ANÁLISIS DE PATERNIDAD.

II. MARCO DE LA PRUEBA DE PATERNIDAD PRENATAL EN EL DERECHO DE FAMILIA.

III. CASO DE ESTUDIO DE PATERNIDAD PRENATAL. FIABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN.

IV. CONCLUSIONES.

V. REFERENCIAS.

I. EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA DEL ANÁLISIS DE PATERNIDAD

Los estudios genéticos durante el periodo prenatal permiten actualmente el análisis de la mayoría de enfermedades congénitas y/o hereditarias con defecto genético identificado, con la máxima precisión y en los primeros momentos de la evolución del feto. Además, la irrupción en la práctica asistencial de las nuevas técnicas de análisis genéticos del genoma completo (arrays) supone poder identificar multitud de alteraciones genéticas en los no nacidos, cuya interpretación debe concluirse con total seguridad en el tiempo concedido para ejercer el control de la calidad fetal. En el ámbito biotecnológico disponible, los resultados de un análisis genético de paternidad prenatal son tan fiables y concluyentes como los realizados tras el nacimiento, pero sigue siendo preciso contar con muestra de líquido amniótico. Dado que la obtención de la muestra de ADN fetal supone todavía un daño en potencia para la madre y el niño, la mayoría de los médicos que practican estas técnicas las desaconsejan a menos que existan razones médicas que justifiquen el procedimiento, no aceptándose la práctica de la amniocentesis cuando el objetivo es llevar a cabo sólo un análisis de filiación. A partir de la muestra de ADN del feto o de un individuo, se puede confirmar o negar la paternidad rápidamente cuando las regiones analizadas por su alta variabilidad entre individuos coinciden o no con la/s aportada/s por el/los presunto/s padre/s.

Está sucediendo que la creciente demanda social del diagnóstico prenatal de las enfermedades genéticas impulsa la puesta a punto de las técnicas de cribado a partir de una simple muestra de sangre materna. Diez mililitros de sangre periférica de una embarazada en la semana 12 a 13 de gestación constituyen una muestra biológica de gran interés para el ámbito del Derecho de familia, puesto que contiene la información genética de la mujer, del feto y una parte de la del padre biológico. Esta posibilidad supone un enorme avance, pues no conlleva riesgo alguno para la mujer embarazada ni para el feto, denominándose prueba prenatal no invasiva. Además de para predecir futuras enfermedades, el análisis del ADN fetal puede utilizarse para determinar la relación de paternidad con el o los presuntos padres, quien/es deben únicamente suministrar una muestra del interior de la mejilla con la que ser comparada/s. Recordamos que, a excepción de gemelos idénticos, el ADN es único en cada individuo y se refiere a la información genética que puede transmitir y ha heredado, aproximadamente la mitad de cada progenitor.

Las pruebas prenatales no invasivas, iniciadas en 2002, pueden constituir una alternativa definitiva a las pruebas prenatales invasoras cuando su exactitud esté asegurada. En la actualidad la mayoría de los laboratorios no ofrecen este tipo de estudio para el cribado prenatal de enfermedades genéticas, tasando aún el éxito de estos métodos no invasivos entre el 66,7 y 98,2%. Una de las principales dificultades de la prueba, aparte de la escasa cantidad de ADN fetal presente en la sangre de la embarazada, es la posible permanencia de ADN de embarazos anteriores, pues parece que las células fetales pueden permanecer en sangre materna incluso más de 20 años después del nacimiento del hijo.

Sin embargo, y a pesar de las limitaciones que los autores describen para la aplicación de los métodos de análisis prenatal no invasivos para el diagnóstico de enfermedades, un grupo de laboratorios ya los ofrecen para análisis de filiación, asegurando concluido su perfeccionamiento. En el presente ejercicio constataremos que la progresión de la oferta de laboratorios de genética para llevar a cabo estudios de paternidad prenatal a partir de sangre de la embarazada es ya un hecho. Resulta fundamental definir y controlar su creciente disponibilidad, concretando su disposición como herramienta para nuestro Derecho de Familia.

II. MARCO DE LA PRUEBA DE PATERNIDAD PRENATAL EN EL DERECHO DE FAMILIA

Respecto a la regulación de la filiación en nuestro Código Civil, la doctrina civilística expone que la filiación es un hecho biológico y que, excepto en la filiación adoptiva (Ley 11/1981, de 13 de mayo) y de la determinación de la filiación consecuencia de la reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), es el hecho del nacimiento el que permite atribuir eficacia jurídica a la realidad biológica que permite afirmar que una persona es el progenitor de otra determinada. Sin embargo, no se considera suficiente para determinar quién es el padre o la madre y el hijo, estableciéndose en el Código Civil las formas de determinación de la filiación matrimonial (artículos 115 y 116) y de la no matrimonial (artículo 120).

El análisis de paternidad en el período prenatal es un método de altísima fiabilidad para determinar si un hombre es o no el padre de un individuo aún no nacido, constituyendo una opción a quien no desea esperar al momento del nacimiento para determinar la filiación. No debería tener un tratamiento jurídico distinto el hecho de realizar en periodo prenatal un análisis básico en el Derecho Procesal de Familia en individuos ya nacidos. En su regulación las legislaciones manifestarán diferencias respecto a las circunstancias en que se produzca la recogida de muestras, los métodos empleados o el impacto de la información genética obtenida del aún no nacido e incluso su progenitor, debiendo coincidir muy probablemente en que sea imprescindible el contar con la voluntariedad de la madre, pues no es posible tomar una muestra del sujeto mediante el empleo de la fuerza (Sentencia 107/1985 del Tribunal Constitucional). En cualquier caso, se deberá regular el cauce para hacer eficazmente operativos estos estudios genéticos en nuestro ordenamiento jurídico, que hoy aún constituyen informes periciales extrajudiciales (artículo 335.1 LEC).

En nuestro Derecho Positivo la investigación de la paternidad está resuelta hasta los límites de la voluntad del ser humano que puede ser el padre; hoy, los jueces más expertos, ante la interposición de un procedimiento con esta finalidad, y tras dar traslado de la demanda al presunto padre y respondida ésta en sentido negativo, no pierden el tiempo citando a juicio, sino que directamente convocan para que acudan las partes al centro que corresponda a fin de que se hagan la prueba. Es una manera resolutiva de poner al presunto padre ante una decisión de mucho alcance. Y si no acude se citará a juicio, y en éste la parte actora lógicamente propondrá la prueba pericial, y el Juez la aceptará, ordenará su práctica otra vez, y hasta en el acto de la Vista apercibirá al demandado de las consecuencias de su negativa. Es, en definitiva, una manera directa de que no le queden dudas al presunto padre, así como un aviso para que no alegue en su negativa razones fútiles o absurdas.

Dada la posibilidad de manejar actualmente el ADN de un individuo antes de su nacimiento, a partir de una muestra de sangre periférica de la madre, puesto que se encuentra ahí contenida y, por tanto, tras excluir el que proviene de la madre, podemos obtener la información genética del padre biológico. Esto conlleva el hecho de que una embarazada podría, sin precisar de ningún consentimiento, solicitar otros estudios genéticos del individuo con el que ha concebido.

Sin embargo, la regulación existente no limita la decisión de una embarazada de someterse a una técnica de obtención del ADN fetal para la realización únicamente de una prueba de paternidad si, una vez expuestos con rigurosidad los riesgos, firma un consentimiento informado previo al procedimiento. Así podrá tener los resultados en un plazo inferior a una semana.

Pero aquí el tratamiento es mucho más amplio que el señalado en el parágrafo anterior: mujer que busca la paternidad de un determinado hombre. Se plantea la posibilidad al hombre de solicitar a su pareja femenina, embarazada, el conocer si es de él dicha concepción. Hasta ahora la posición era invariable: cuando nazca el niño podremos descartar la paternidad. Se nos oferta solicitar dicho estudio en periodo prenatal con certeza absoluta, siempre que la obtención de líquido amniótico se lleve a cabo con fines médicos. Parece además inminente el poder realizarla a partir de una muestra de sangre de la gestante, su saliva y la del padre presunto.

Estaremos ante hombres que solicitarán acciones posibles para saber si ese embarazo que avanza es de su autoría o no. Otros hombres además de saberlo querrán compeler a estas mujeres a fin de que no continúen la gestación, pues ellos no desean tal paternidad. Incluso podrán solicitar que, si no prospera la solicitud anterior para que la mujer aborte, interpongamos una acción civil a fin de dejar patente la voluntad de no asumir una paternidad no querida, incluso apercibiendo a la gestante de resarcimiento pecuniario por no haberle avisado de estar en días fértiles, o haberle dicho que no hacía falta poner medios porque no podía procrear.

Instar Diligencias a fin de requerir a una mujer que está en sus primeras semanas de embarazo, para conocer con certeza y cuanto antes resultados acerca de su paternidad, exige gran agilidad en los procedimientos. Obsérvese que el hijo no reconocido tiene toda la vida para reclamar a quien considera su padre, y aquí sólo tenemos escasos meses para descartar la paternidad. Jueces de Instancia podrán recibir este tipo de solicitudes y habrán de dar trámite urgente a éstas, momento en el que alguna mujer optará, aún más en el caso de aprobarse la nueva propuesta de ley del aborto, por no seguir adelante con un embarazo cuya criatura ya no podrá adjudicar a un determinado hombre.

Habrá incluso acciones interpuestas por algún marido para romper la presunción de paternidad durante el embarazo, constante matrimonio, por sospechar que no sea suyo, con apercibimiento a la madre. Vivimos tales situaciones en parejas cercanas a la ruptura, cuyos varones han tenido que esperar a que se produjera el nacimiento para inmediatamente provocar la ejecución de la prueba y descartar su paternidad, pues el Código Civil (artículo 116) presume la paternidad del marido inicialmente.

Las hipótesis son infinitas, percibiendo que la paternidad confirmada o descartada en las primeras semanas del embarazo no traerá sino seguridad jurídica, certeza añadida a un

mundo proceloso, en el que una mujer con varias relaciones al tiempo (*plurium concubentium*) podrá saber cuanto antes quién es el autor de esa criatura que porta y, seguramente, posiblemente optar a un aborto con el máximo conocimiento.

En un caso de violación a una mujer que coetáneamente mantenga relaciones con su pareja, ésta se beneficiará de asistencia científica rigurosa para saber de antemano si su gestación ha sido forzada o no y, naturalmente, podrá abortar sin impedimentos legales.

III. CASO DE ESTUDIO DE PATERNIDAD PRENATAL: FIABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN

Presentamos el caso de un individuo de raza blanca (caucásica), que desde Estados Unidos nos consulta la fiabilidad y aplicabilidad en un procedimiento de Derecho de Familia de un resultado de estudio de paternidad obtenido en periodo prenatal. El análisis se llevó a cabo a partir de 12 mililitros de sangre periférica de su mujer, de raza afroamericana, encontrándose en la semana 13 de gestación. La pareja solicitó un estudio de paternidad no invasivo, para el que acordaron aportar muestra de sangre periférica de la embarazada y sendas muestras de mucosa bucal. Las muestras de sangre y las de mucosa bucal de la embarazada se enviaron junto a la muestra de mucosa bucal del presunto padre, y solicitante de la prueba, por correo certificado al laboratorio de referencia que ofrece la posibilidad de un estudio de paternidad prenatal con una «fiabilidad similar» a la conseguida de manera convencional (en el que se emplea muestras de mucosa bucal o sangre de la madre y el presunto padre, y líquido amniótico de la gestante).

Para la prueba se aisló: 1. ADN procedente de sangre de la embarazada, que también contiene ADN del feto, aceptándose que se encuentra mezclado con el de la gestante en proporción del 1 al 3%. 2. ADN de mucosa bucal de la embarazada y 3. ADN de mucosa bucal del supuesto padre biológico y solicitante. Se analizaron los ADNs obtenidos y se procedió a compararlos entre sí. Dada la ínfima cantidad del ADN fetal disponible, se desestimó el análisis completo de 16 a 20 regiones microsatélites hipervariables de los análisis de filiación e identificación humana convencionales, cuya combinación ofrece un perfil de identificación único para un individuo determinado con una fiabilidad superior al 99,99%. En su lugar se llevó a cabo la determinación de un grupo de 9 polimorfismos genéticos (Single Nucleotide Polymorphisms, SNPs) los cuales aparecen de manera variable entre individuos, con diferentes frecuencias entre etnias no despreciables. Se llevó a cabo la determinación del gen SRY en sangre materna, para determinar el sexo del feto. Su NO detección determinó que el feto era mujer. Los resultados obtenidos del perfil genético a partir de sangre materna fueron comparados con el ADN de la madre obtenido a partir de mucosa bucal, que no contiene trazas de ADN fetal, y se atribuyeron las diferencias detectadas a la parte del ADN fetal heredada del padre biológico. Por tanto, la información sobrante al comparar ambas muestras de la madre fue atribuida a la herencia paterna del feto, y así comparada con la combinación determinada en el supuesto padre.

La comparación de las nueve parejas de letras variables analizadas (SNPs) mostró la NO coincidencia en CUATRO de ellas, por lo que la paternidad fue DESCARTADA (ver tabla). La comparación entre los perfiles obtenidos de la madre y supuesto padre, frente al perfil estimado para el feto a partir de la muestra de sangre de la embarazada, pretendió

determinar la paternidad con un porcentaje de precisión superior al 99,99%; todo ello antes del nacimiento y sin someter a la gestante a la amniocentesis.

Cromo-soma	Marcador	Padre XY	Feto XX	Madre XX	Caucásicos	Afroamericanos	Informatividad
X	rs11266619	A	AA	AA	A68%	A34%	COINCIDENCIA
1	rs11102218	aa	aa	aa	aa25%	aa30%	COINCIDENCIA
1	rs7520509	AA	AA	Aa	AA33%Aa 58%	AA28%Aa38%	COINCIDENCIA
1	rs3393	AA	AA	AA	AA22%	AA65%	COINCIDENCIA
1	rs2185029	AA	AA	AA	AA33%	AA23%	COINCIDENCIA
1	rs11102263	AA	aa	Aa	AA29%Aa46% aa23%	AA24%Aa55% aa19%	NO COINCIDENCIA
X	rs320991	A	aa	aa	A67%a32%	A89%a11%	NO COINCIDENCIA
X	rs6622551	A	aa	Aa	A65%a35%	A51%a49%	NO COINCIDENCIA
1	rs1936942	aa	AA	AA	AA28%Aa52% aa18%	AA16%Aa51%aa31%	NO COINCIDENCIA

Comparación de polimorfismos de cambio de base analizados en la pareja que solicita el estudio de paternidad prenatal mediante técnicas no invasivas. El perfil genético del feto fue estimado a partir de la no detección en sangre de la madre del gen SRY, que condiciona el sexo varón en el feto, y de la información genética diferencial del ADN de sangre versus de mucosa bucal de la gestante. La paternidad del supuesto padre fue excluida, al detectar la no coincidencia de los marcadores 6 al 9 con los estimados para el feto.

El informe original que recibió la pareja del laboratorio que llevó a cabo el análisis (el cual no incluimos por el deber de confidencialidad de los datos que se exponen) no detallaba los tipos de muestra de las que se había partido para la obtención de los resultados asegurados. Hicimos especial hincapié en reproducir el proceso de extracción de sangre (laboratorio no especializado) y mucosa bucal (por parte de los interesados), identificación, empaquetado y envío de las muestras, hasta controlar tanto la cadena de custodia de tales muestras, como de los resultados recibidos.

Tal informe hacía referencia a la «obtención del perfil de ADN de células fetales (ADN fetal)» incompatible con las pruebas prenatales no invasivas puesto que en sangre materna no existen células fetales circulantes, sino ADN fetal libre. Dichas células fetales tan sólo se pueden extraer del líquido amniótico, previa amniocentesis a la madre, procedimiento que no se llevó a cabo. Curiosamente tampoco se detalló el tipo de muestra que se extrajo del padre, ni que la madre aportó ésta para elevar la fiabilidad de los resultados. Resulta esencial que el informe hubiese reflejado la edad gestacional del feto en el momento en el que se extrajo sangre a la embarazada, así como la cantidad aproximada de sangre a partir de la que se aisló el ADN fetal. La proporción de ADN madre/feto se estima del orden de un 95% de la madre respecto a un 5% del feto, y desde luego variable a lo largo de la gestación.

Más llamativo nos pareció el hecho de que el informe tampoco describía las técnicas de biología molecular empleadas, datos que les fueron requeridos junto al resto de la infor-

mación no detallada adecuadamente. Con las técnicas de amplificación del ADN mediante reacción en cadena de la polimerasa en tiempo real, aplicadas a la discriminación de las pares de bases variables (SNPs) analizadas, nos pareció teóricamente posible obtener parte de la información genética del feto a partir de la muestra de sangre materna. Sin embargo, las nueve parejas de bases analizadas no ofrecen el índice probabilístico que alcanza el conjunto de 16 a 20 marcadores microsatélites normalmente analizados para los estudios de paternidad convencionales. Es destacable la variabilidad con que las frecuencias de las bases («A» versus «a», en la tabla) aparecen en diferentes etnias, muy importante en parejas mixtas como la implicada en el caso que exponemos. Siendo claramente más sencillo excluir que demostrar una paternidad, se recomienda al menos analizar unas 25 parejas de bases variables entre individuos (SNPs), si son tales los polimorfismos genéticos que se van a analizar para un estudio de identificación humana en lugar de marcadores microsatélites, que ofrecen mucha mayor informatividad. En este caso, sólo se estudiaron 9.

Atendiendo a la información relativa al feto que detalla el informe, la posibilidad de no detección de una base (letra) del ADN del feto en sangre materna podría significar una falsa exclusión. Es segura la menor reproducibilidad de estos resultados respecto a la que conseguimos habitualmente en nuestros laboratorios asistenciales de análisis genéticos.

A pesar de que el informe fue presentado y admitido como parte del procedimiento para solicitar la no inscripción del futuro recién nacido como hijo biológico del marido de la embarazada, se solicitaron al demandante otras pruebas biológicas que apoyaran sus conclusiones, y desde luego, su confirmación mediante técnicas convencionales del estudio de filiación a partir de la muestra del hijo una vez nacido.

IV. CONCLUSIONES

La creciente demanda del diagnóstico prenatal de las enfermedades genéticas impulsa técnicas para conseguir el análisis del feto a partir de muestra de sangre materna. Sus aplicaciones incluirían un posible análisis de paternidad del producto de la gestación sólo con la muestra de la gestante, que contiene una proporción mínima pero suficiente de ADN del feto. El principal avance radica en que como estudio prenatal no invasivos, no conllevaría riesgo alguno para la mujer embarazada ni para el feto. En la actualidad la mayoría de los laboratorios de análisis genéticos no ofrecen este tipo de estudio, cuyos resultados deben valorarse todavía con mucha precaución.

Aún habiéndose establecido la verdad biológica, en sentido positivo o negativo, acerca de una determinada paternidad, no pueden ejercitarse las acciones de reclamación o de impugnación de la filiación reguladas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes del nacimiento del hijo.

En cuanto a la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, establece el artículo 133 CC que «cuando falte la posesión de estado, corresponde al hijo durante toda la vida»; estos claros términos impiden reclamar la filiación para el nasciturus, al amparo del artículo 29 CC. Aunque la acción de reclamación dé lugar a una Sentencia declarativa, no cabe que la decisión judicial dependa en su eficacia de un hecho futuro como es el que el concebido llegue a nacer con las condiciones que expresa el artículo 30 CC.

Respecto a la acción de reclamación de filiación matrimonial del artículo 132.1 C.C. se pone de manifiesto que la acción, cualquiera que sea el legitimado que la ejercite, requiere el nacimiento del hijo.

En cuanto a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial regulada en el artículo 136 CC, ésta va dirigida a combatir la presunción legal que establece el artículo 116 CC, siendo la inscripción de nacimiento la que junto con la del matrimonio de los padres lo que hace surgir la presunción de filiación matrimonial. Igualmente exige la previa inscripción del nacimiento el ejercicio por el hijo de la acción de impugnación.

La regulación de la legitimación activa para la ejecución de las acciones de filiación impide su ejercicio antes de que se produzca el nacimiento del hijo. Como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 194/1993, de 14 de junio, en relación con la condena de futuro, y la misma doctrina sería aplicable a las acciones declarativas para que surtan efecto en una sentencia posterior (admitidas en algunos casos por el Tribunal Supremo —SS. de 17 de febrero de 1984 y 30 de junio de 1986—), corresponde al legislador o los tribunales, sobre la base de los principios generales del ordenamiento, perfilar los presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional preventiva. En la LEC 1/2000, de 7 de enero, sólo se admite este tipo de tutela preventiva en las sentencias de condena en los dos supuestos que recoge el artículo 220.

Ha de concluirse, por tanto, que la existencia de un informe prenatal que acredite la verdad biológica acerca de quién es el progenitor del *nasciturus*, no habilita, cualquiera que sea su contenido y la clase de filiación, para el ejercicio de acciones de reclamación o impugnación de la paternidad, antes del nacimiento del hijo. Ello sin perjuicio del valor de estos informes extrajudiciales en un posterior proceso.

En otro sentido, dado que el hecho biológico, por sí sólo, no genera vínculo jurídico alguno entre el progenitor y el hijo, sino que éste vínculo surge, como hemos visto, a partir del nacimiento, no existe en nuestro Derecho procedimiento legal alguno para exigir que la mujer embarazada se someta a pruebas para determinar la paternidad o no del solicitante, cualquiera que sea la relación, matrimonial o no, entre ellos, aparte de que la mujer podría negarse a someterse a tales pruebas sin que ello diera lugar a consecuencias probatorias por vía de presunciones, como en los supuestos de negativa en los procesos de filiación.

Los análisis de paternidad en periodo prenatal mediante métodos no invasivos (a partir de una muestra de sangre de la embarazada) pueden realizarse desde la semana 14 de la gestación y el resultado puede obtenerse en los siguientes 2 a 7 días, pudiendo ser el supuesto padre confirmado o excluido como el padre biológico del feto. Nos parece precipitado su uso en nuestros procedimientos civiles, siendo aceptada ampliamente la necesidad de su mejora técnica y aconsejada su corroboración tras el nacimiento. Por ello su efecto podría ser en todo caso el retrasar el reconocimiento civil de la paternidad biológica, dada la duda planteada. En cualquier caso, es imprescindible definir normas sustantivas que definan su uso, lo encuadren, y establecer normas procesales que le den cabida en nuestro ámbito.

Actualmente, nuestra legislación no permite el reconocer o impugnar la paternidad antes del nacimiento, a pesar de que el informe obtenido extrajudicialmente tenga plena validez en un pleito, dada la eficacia de los análisis. Pudiéndose permitir que el análisis y el informe se realicen antes del nacimiento, no podremos iniciar, sin embargo, éste hasta ocu-

rrido el alumbramiento. Podría tenerse en consideración una opción legislativa en la que la prueba prenatal —para descartar al marido como padre— fuera suficiente con aportársela al Juez encargado del Registro Civil, en presencia de la mujer y el marido, y aquél aceptará la inscripción del recién nacido sólo con los datos de la madre, evitando, desde ese mismo momento, ese contencioso de tanta envergadura que venimos denominando impugnación de la paternidad.

Como en toda prueba judicial, el Juez, o Tribunal tendrá en cuenta la forma de obtención de las muestras sobre las que se ha efectuado los pertinentes análisis, a fin de garantizar su procedencia y autenticidad, y evitar suplantaciones en los sujetos para las pruebas. Asimismo, tendrá en cuenta, para valorar los resultados obtenidos, los métodos analíticos utilizados, de los que dependerá la fiabilidad de sus resultados.

Las pruebas prenatales no invasivas aportadas a un procedimiento judicial sobre filiación, tienen la consideración de informes periciales extrajudiciales y, aunque en el caso concreto de que se trate no tengan absoluta fiabilidad, podrán ser consideradas como el «principio de prueba» a que se refiere el artículo 767.1 LEC. Ha de tenerse en cuenta que en este tipo de procesos el tribunal, de oficio o a instancia de las partes o del Ministerio Fiscal puede acordar todas las pruebas que estime pertinentes (artículo 752.1 LEC), entre ellas las biológicas, háyanse aportado o no informes periciales extrajudiciales.

Otra situación sería la de aquellas gestaciones en las que se describan razones médicas que justifiquen el procedimiento de extracción de líquido amniótico, en los que la embarazada fuera a someterse a la amniocentesis. En estos casos no habría razón para su negativa a realizar la prueba de paternidad. Junto a la muestra para obtener el ADN fetal se requeriría la recogida tanto de muestra del presunto padre como de la madre.

De *lege ferenda,* dada la fiabilidad elevada de las pruebas prenatales, y dado que las mismas se han obtenido con el consentimiento de la futura madre y el presunto padre, sería conveniente arbitrar medios jurídicos para que, en los casos en que resulta así determinada la filiación, evitar el tener que acudir a un proceso contencioso para dar eficacia a esos resultados positivos.

Así cabría acudir al expediente registral, con intervención de ambas partes y el Ministerio Fiscal, para destruir la presunción de paternidad del artículo 116 CC o para inscribir la filiación paterna no matrimonial.

V. REFERENCIAS

1. MARFIL, J.A. y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, R., *Witness to the New Prenatal Paternity Tests.* IAML Law Journal, Journal of the International Academy of Matrimonial Lawyers. Volume 2, summer, 2009.

2. RODRÍGUEZ LÓPEZ, R.; MARFIL, J.A., y GONZÁLEZ POVEDA, P., «El Derecho de familia, testigo de las nuevas pruebas de paternidad prenatal», *Revista de Derecho y Genoma Humano-Law and the Human Genome Review.* Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Bilbao. España. ISBN: 1134-7198. Número 30, enero-junio 2009.

3. Aitziber Emaldi Cirión. El consejo genético y sus implicaciones jurídicas.

4. GRUBER, C.J. y cols. Genetic factors in assisted reproduction. Wien Klin Wochenschr. 2003 Dec. 15; 115(23):805-11. Revisión.

5. OREGON HEALTH SCIENCE UNIVERSITY (OHSU): «What is prenatal diagnosis?», <www.ohsu.edu/som-MedGen/genprenatal.htm>.

6. THE MERCK MANUAL: «Prenatal diagnostic techniques», <www.merc.com/pubs/mmanual/section18>.

7. THOMPSON, J.S.; THOMPSON, M.W., *Genetics in Medicine*, Fourth edition; WB Saunders, London, 1986.

8. WEIL, J., *Multicultural education and genetic counselling*. Clin Genet 59 (3): 143-9, 2001.

9. MARON, J.L.; Johnson, K.L.; Bianchi D.W., Cell-free fetal DNA plasma extraction and real-time polymerase chain reaction quantification. Methods Mol Med. 2007; 132:51-63.

10. DHALLAN, R.; GUO, X.; EMCHE, S.; DAMEWOOD, M.; BAYLISS, P.; CRONIN, M.; BARRY, J.; BETZ, J.; FRANZ, K.; GOLD, K.; VALLECILLO, B.; VARNEY, J., *A non-invasive test for prenatal diagnosis based on fetal DNA present in maternal blood: a preliminary study,* Lancet. 2007 Feb 10;369(9560):474-81.

11. FAN, H.C.; BLUMENFELD, Y.J.; CHITKARA, U.; HUDGINS, L.; QUAKE, S.R., *Noninvasive diagnosis of fetal aneuploidy by shotgun sequencing DNA from maternal blood.* Proc Natl Acad Sci U S A. 2008 Oct 21; 105(42):16266-71. Epub 2008 Oct 6.

12. MORENO VERDEJO, J., «¿Muestra de ADN por la fuerza?», *Revista OTROSÍ,* Colegio de Abogados de Madrid, mayo 2009.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PATRIA POTESTAD

Los padres no tienen la facultad de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria no estando comprendida ésta en ninguna de las libertades constitucionales.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre

Ponente: **Excma. Sra. D.ª María Emilia Casas Baamonde**

ANÁLISIS DEL CASO

El Ministerio Fiscal, al amparo de la Disposición Adicional Primera de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, presentó expediente de jurisdicción voluntaria 1/2003, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, solicitando que se acordara la inmediata escolarización de unos menores. El Fiscal aducía que los recurrentes ya habían sido citados y habían comparecido en la Fiscalía, justificando la ausencia de escolarización en que ellos se ocupaban personalmente de la educación de los menores. En la comparecencia se les apercibió de la obligación de escolarización conforme al artículo 154 CC —obligaciones derivadas de la patria potestad—, pero los menores no habían sido escolarizados.

Los padres de los menores presentaron las siguientes alegaciones: 1) sus hijos reciben educación en su propio domicilio: hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa; 2) la educación que reciben es más adecuada que la que se imparte en los centros públicos o privados en un aula de 30 o 40 alumnos; 3) no se está causando a los menores ningún perjuicio, pues reciben educación y no se han detectado por los profesionales de los Servicios Sociales problemas sociofamiliares; 4) lo que el Ministerio Fiscal plantea subrepticiamente no es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad recogidas en el artículo 154 CC, sino la escolarización obligatoria; 5) la Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino el derecho a la educación dentro de unos valores constitucionales y no puede confundirse la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro; 6) como jurisprudencia que sostiene su posición invocan la STC 5/1981, de 13 de febrero, y la Sentencia núm. 1669/1994 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1994, pues, a su parecer, ambas no excluyen los modelos de enseñanza que se desarrollen en el núcleo familiar.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín dictó Sentencia el 5 de mayo de 2003, ordenando a los demandantes de amparo que escolarizasen a sus respectivos hijos menores de edad en el ciclo escolar básico en el curso 2003/2004. Fundamenta su decisión en que,

sin juzgar la calidad de la enseñanza domiciliaria que estén recibiendo y admitiendo que son familias bien estructuradas cuyos padres se preocupan por sus hijos, el artículo 27.4 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación. A mayor abundamiento, el órgano judicial añade que la exclusión del sistema oficial puede generar a los menores serios problemas en su desarrollo futuro, tanto en el ámbito académico —sirva de ejemplo las dificultades para el acceso a la Universidad—, como social y de integración con otros niños de su edad.

En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 6 de junio de 2005 desestimando el recurso interpuesto por los padres. La Sala afirmó que la escolarización estaba integrada en el concepto básico de derecho a la educación, no sólo por los beneficios que los menores pueden tener mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de grados y titulaciones. El órgano de apelación arrancaba del voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra en la STC 260/1994, de 3 de octubre, para llegar afirmar que el artículo 27.3 CE ampara el derecho de los padres a impartir en el seno de la familia la enseñanza que estimen conveniente, enviar a sus hijos al colegio que deseen y exigir de los poderes públicos la formación que mejor se adecue a sus convicciones, pero no ampara el derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos sabrán impartir la educación adecuada. El órgano judicial recuerda que el derecho a ser escolarizado es un derecho del menor, no de los padres, que convive con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso imperativamente si ello fuera necesario.

Los padres interpusieron demanda de amparo que fue desestimada por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica del recurso de amparo

En su demanda de amparo los recurrentes alegan, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE), retomando la denuncia de incongruencia *extra petita*, si bien con argumentos matizados: por un lado, aducen que el artículo 154 CC no resulta de aplicación al caso, pues está previsto para combatir el incumplimiento del deber escolar, fruto de la dejación de los deberes paterno-filiales, situación que no se produce en el presente supuesto y, por otro, denuncian que el órgano judicial falla estimando cuestiones no planteadas en la demanda, concretamente «el grado de conocimiento que en las distintas materias y ramas existentes en el nivel educativo básico puedan tener los menores, con respecto al sistema oficial reconocido», sin que ello fuese objeto de la demanda y exigiendo, además, la carga de la prueba a los demandados de algo para lo que ni siquiera se les ha requerido. Invocan también, en segundo lugar, la violación del derecho a la educación (artículo 27.1, 2, 3 y 4 CE), en cuanto las resoluciones impugnadas deniegan a los menores el derecho a seguir su proceso educativo en su propio domicilio, sin integrarse en el sistema escolar. Finalmente, oponen la vulneración del derecho a la no discriminación (artículo 14 CE) por razón de nacionalidad, puesto que alguno de los recurrentes en amparo, que no son de nacionalidad española, tienen reconocido en su país de origen el derecho a la enseñanza domiciliaria. En consideración a todo ello, solicitan de este Tribunal que otorgue el amparo y declare la nulidad de la Sentencia de 5 de mayo de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y la Sentencia de 6 de junio de 2005, dictada

en apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, así como que se reconozca su derecho a la educación en su domicilio. En la demanda de amparo se solicita también, mediante otrosí, la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas, toda vez que, de no accederse a la suspensión, el recurso de amparo perdería su finalidad.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal solicitando la desestimación del recurso de amparo

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 29 de octubre de 2008 interesando la desestimación del amparo solicitado. En él se rechaza la vulneración del derecho a la educación, pues si bien se admite que el artículo 27 CE no impide la práctica denominada «*homeschooling*», o enseñanza en el propio domicilio, en relación con la cual nos encontraríamos, además, ante un vacío legal; sí existiría base constitucional para dos exigencias: que tal alternativa educacional obedezca en su finalidad al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades constitucionales y que esté asegurada la suficiencia de contenidos, ya que es principio constitucional la habilitación a los poderes públicos para homologar e inspeccionar el sistema educativo. A juicio del Ministerio Público, ninguno de ambos extremos siquiera se ha intentado probar por los padres de los menores, que se han limitado a alegar su discrepancia sobre el modelo educativo sin ofrecer las razones por las que no lo consideran conveniente. El Ministerio Fiscal rechaza también la vulneración alegada del artículo 24 CE, en sus vertientes de incongruencia *extra petita* e indefensión, declarando que, una vez acotados los términos del debate en el deber de los padres de escolarizar obligatoriamente a sus hijos menores dentro del sistema educativo general, difícilmente se puede sostener indefensión o incongruencia *extra petita* por las referencias del órgano judicial al derecho a la educación en diferentes textos internacionales. Finalmente, por lo que afecta a la vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de la nacionalidad, supuestamente originada porque en los países de origen de alguno de los recurrentes la enseñanza a domicilio está autorizada y regulada, el Fiscal apunta que la queja carece de entidad constitucional, por un lado porque el cumplimiento de la normativa española le es perfectamente exigible en su condición de residentes en España pero, sobre todo, porque la queja no fue aducida en el proceso *a quo*, por lo que concurre la causa de inadmisión de falta de invocación en la vía judicial previa.

3. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para desestimar el recurso de amparo

La cuestión central que plantea este recurso de amparo es la relativa a la vulneración del derecho a la educación (artículo 27 CE) que los demandantes imputan a las resoluciones judiciales impugnadas.

a) La fundamentación de la lesión del derecho contenida en la demanda descansa en dos premisas. En primer término, se alega que la libertad de los recurrentes para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, sin acudir a la escuela por ellos denominada como «oficial», se encuentra protegida por el artículo 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (artículo 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), sin que, por otra parte, resulte incompatible con los mandatos en virtud de los cuales, de un lado, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 CE), y de otro, la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (artículo 27.4 CE). En segundo lugar, en este contexto nos encontraríamos, al parecer de los recurrentes, ante una «laguna legislativa; pues no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes», de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de «haber[la] suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos», la habrían integrado mediante una de-

cisión vulneradora de la libertad constitucional señalada en primer lugar.

b) Antes de comprobar si la lesión aducida se ha producido o no efectivamente, es preciso realizar, con carácter preliminar, las dos observaciones siguientes. Ante todo, el origen de la lesión alegada en la demanda de amparo no se encontraría en las resoluciones judiciales impugnadas sino, en su caso, en la disposición legislativa que éstas aplican puntualmente al supuesto de autos. En efecto, pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el artículo 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del artículo 27.4 CE, «incluye diez años de escolaridad», de tal manera que se «iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis» [apartado 2; en el mismo sentido, *cfr.* el vigente artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal —integrado, además, en la patria potestad— que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase.

c) Una vez dicho esto, ha de precisarse a continuación que el examen de la queja aducida por los recurrentes conduce, en atención a lo que se acaba de señalar, a la necesidad de comprobar si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, a cuyo cumplimiento sirven en el caso de autos las resoluciones judiciales impugnadas, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados, resultando entonces procedente, a la vista del resultado que arroje ese examen, bien la desestimación del presente recurso de amparo, en caso de alcanzar una respuesta afirmativa, o bien la elevación de la cuestión al Pleno (artículo 55.2 LOTC), en el supuesto de que llegáramos a otra de signo contrario.

Así formulado el problema constitucional que plantea el presente recurso, podemos adelantar ya que el amparo ha de ser rechazado por dos razones, siendo la primera de ellas la de que la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera *prima facie*, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el artículo 27 CE reconoce.

a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (artículo 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el artículo 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.

b) La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (artículo 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de

acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento *prima facie* de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), un derecho este que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al «fracaso escolar de la "enseñanza oficial"» e imputadas a la «asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados». Más allá de este doble contenido, el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado.

El primero de los dos motivos de desestimación anunciados reside, pues, en que la correcta delimitación del contenido de los derechos constitucionales invocados por los recurrentes conduce, de acuerdo con la doctrina constitucional vertida hasta la fecha, a negar que la imposición del deber de escolarización a través del artículo 9 LOCE, cuya efectividad ha hecho valer la jurisdicción a través de las resoluciones impugnadas en este recurso, llegue a tener relevancia constitucional. Frente a las alegaciones realizadas por los recurrentes en su escrito de demanda, esta conclusión se ve apoyada por una interpretación del artículo 27 CE «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH] y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (artículo 10.2 CE).

a) Es cierto, por un lado, que el artículo 26.3 DUDH reconoce genéricamente el «derecho preferente» de los padres a «escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», pero esta formulación no debe entenderse en el marco del artículo 26 DUDH como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro artículo 27.3 CE operaría como especie, sino como una formulación genérica de este último que, por lo demás, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con el artículo 26.1 DUDH, que dispone que la «instrucción elemental será obligatoria».

b) La conclusión acerca del alcance del artículo 27 CE alcanzada en el fundamento jurídico anterior se corresponde con una interpretación sistemática de este precepto en relación con otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 18.4 reconoce «la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuyo artículo 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a «escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas […] y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

c) A la misma conclusión se llega en atención al artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (CEDH), que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas», sin que, de acuerdo con su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), éstas puedan amparar cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (*cfr.*, entre otros, Caso Kjeldsen, Sentencia de 7 de diciembre de 1975).

d) Finalmente, a pesar de que en su artículo 14 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce el «derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas», esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el artículo 14 CDFUE «se inspira tanto

en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH», sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el Preámbulo y en su artículo 52.7, han de servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos.

Además de por esta razón, el amparo solicitado debe desestimarse por un segundo motivo: incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera en el caso de autos motivada por razones de orden moral o religioso y, en esa medida, encontrara acomodo en el contenido en principio protegido por el artículo 27.3 CE, que es la disposición constitucional a la que los recurrentes adscriben principalmente la posición jurídica que invocan, la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (artículos 9.2 LOCE y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio artículo 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido.

a) El artículo 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un período de escolarización obligatoria, de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados —y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción—, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político. No obstante, esta configuración legislativa se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben «garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza» (artículo 27.5 CE), responde a la previsión de que «inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes» (artículo 27.8 CE), y, por lo que aquí más interesa, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste, que «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (artículo 27.2 CE). La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [*cfr.* artículo 2.1.h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [*cfr.* artículo 2.1.a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [*cfr.* artículo 2.1.d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [*cfr.* artículo 2.1.b), c) LOE].

b) Este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al artículo 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación, y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria (artículos 9.2 LOCE y 4.2 LOE). Un principio, por lo demás, que no sólo opera como directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador (artículo 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación (artículo 27.1 CE). Incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de

su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 27.2 CE y en el derecho a la educación que el artículo 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo (STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 2 *in fine*).

Además de encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio artículo 27 CE, la imposición de la escolarización obligatoria no genera una restricción desproporcionada del derecho alegado, tal y como este canon de control de la constitucionalidad de los límites a los derechos fundamentales ha sido interpretado por este Tribunal (recientemente, STC 60/2010, de 7 de octubre, FF JJ 9 y 12 y ss.).

a) En primer lugar, los recurrentes no niegan que la configuración de la enseñanza básica como un período de escolarización obligatoria en centros docentes homologados represente una medida adecuada o congruente respecto de la satisfacción de la finalidad que le es propia: «La garantía del derecho individual a la educación básica obligatoria y el interés colectivo de que toda persona se forme en el conocimiento y respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales, legitiman determinadas formas de restricción de la libertad de enseñanza. Por tanto, parece que la medida es adecuada».

b) Por lo que respecta, en segundo término, a la necesidad de la medida, en la demanda se aduce, sin embargo, que la imposición de «la escolarización obligatoria como sinónimo de enseñanza obligatoria no supera el juicio de indispensabilidad», toda vez que «del análisis de las legislaciones de países de nuestro entorno sociocultural se deduce claramente que existen reglas que permiten conciliar, de mejor manera, los distintos intereses en juego.

Medidas que, sin descartar la opción educativa del «*homeschooling*», o enseñanza en el propio hogar, «establecen controles periódicos sobre la evaluación formativa del niño así como un seguimiento de los contenidos que se transmiten». Acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad esta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización. En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el artículo 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el artículo 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE. Por lo demás, el TEDH ha reconocido que la apreciación de que estos objetivos no pueden «ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar […] no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos» (Caso Konrad v. Alemania,

Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504/03).

c) Los recurrentes en amparo también cuestionan que el deber de escolarización en centros educativos oficiales satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por entender que «las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho [no son] superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza», teniendo en cuenta que en él «los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada». Este planteamiento también ha de ser rechazado por las tres razones siguientes. En primer lugar, es de observar que la demanda de amparo centra de nuevo el foco de atención exclusivamente en los efectos de la enseñanza proporcionada a sus hijos desde el punto de vista de la simple transmisión de conocimientos, obviando cualquier consideración acerca del mejor cumplimiento que razonablemente cabe esperar por parte del sistema de escolarización obligatoria de los complejos fines que el artículo 27.2 CE atribuye a la educación a la que, por otra parte, los niños tienen derecho de acuerdo con el artículo 27.1 CE. En segundo término, el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un período de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los artículos 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, según se ha advertido ya, no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. Según ha reconocido el TEDH, la «escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a "ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas" (véase, *mutatis mutandis*, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca, cit., pp. 27-28, apartado 54; Efstratiou v. Grecia, Sentencia de 27 de noviembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-VI, p. 2359, apartado 32)» (Caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504/03). Pero, sobre todo —y ésta es la tercera de las razones señaladas—, debemos excluir que la restricción de este último derecho resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (artículo 27.6 CE).

Efectivamente, era ésta, y no la que representa el incumplimiento del deber legal de escolarizar a sus hijos, la opción constitucional abierta a los recurrentes como vía de plasmación de su distinta orientación educativa, y ello por más que en su articulación debiera garantizarse en todo caso, como no podría ser de otra manera en virtud del artículo 27, apartados 2, 5 y 8 CE, el respeto, «[d]entro del marco de los principios constitucionales, [de] los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27.2 de la Constitución y en el artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8). La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (artículo 27.4 CE) como un período de escolarización de duración determinada (*cfr.* artículos 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos.

Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a

los derechos constitucionales de los padres (artículo 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (artículo 27.1 y 2 CE). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del período sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial. Quiere ello decir que, a la vista del artículo 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (artículo 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (artículo 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo.

Procede, por tanto, concluir que la decisión adoptada por el legislador mediante el artículo 9 LOCE (*cfr.* actualmente artículo 4.2 LOE), en cuya aplicación al caso concreto se adoptaron las resoluciones judiciales impugnadas en este proceso, resulta constitucionalmente inobjetable, razón por la cual debemos desestimar el presente recurso de amparo.

CUESTIONES PROCESALES

Siendo patente y manifiesta la voluntad del demandado de comparecer en el procedimiento de incapacitación, se declara la nulidad de todo lo actuado dado que el Juzgado debió posibilitar su personación en forma mediante abogado y procurador, sin que esta omisión pudiera entenderse subsanada con el nombramiento de una institución como defensora judicial.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 7/2011, de 14 de febrero

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps**

ANÁLISIS DEL CASO

El Ministerio Fiscal instó la incapacitación de D. Juan, interno en un centro penitenciario de Madrid, dando lugar al procedimiento núm. 135-2005 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Colmenar Viejo. En dicha demanda se solicitaba que se nombrara como tutor a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

Por Auto de 25 de febrero de 2005 se acordó, entre otros extremos, dar traslado de la demanda al recurrente «haciéndole saber que puede comparecer en el proceso con su propia representación y defensa» y tener por nombrada a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos como defensor judicial. Este Auto, así como la demanda de incapacitación y la documentación adjunta, le fueron entregados al recurrente el 2 de marzo de 2005 en el Centro Penitenciario, emplazándole para que contestara en el plazo de veinte días y citándole para el reconocimiento médico forense.

D. Juan, mediante escrito de 3 de marzo de 2005, que encabezaba como «recurso de reposición al procedimiento de incapacitación», señaló «que no necesito la tutela de ningún organismo encontrándome perfectamente capaz de gobernar mi persona y mis bienes por mí mismo». Mediante providencia de 25 de mayo de 2005 se inadmitió a trámite el recurso por no expresarse la infracción supuestamente cometida. Mediante un segundo escrito de 15 de marzo de 2005, negó padecer ninguna patología que pudiera conllevar su incapacitación, relatando una serie de hechos en que fundamentaba ser objeto de un acoso por parte de un grupo de personas. Por diligencia de ordenación de 18 de marzo de 2005, notificada el 7 de abril de 2005, se acordó devolver el escrito «por no haberse presentado en forma legal». En un tercer escrito de 28 de marzo de 2005, solicitó que se suspendiera el procedimiento, ya que «necesito hablar con mi defensa antes», señalando también la necesidad de la comparecencia de una determinada persona para testificar. Por providencia de 19 de abril de 2005 se acordó unirlo a los autos sin más trámite. El recurrente fue reconocido por el médico forense el 7 de abril de 2005.

Una representante de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos compareció el 8 de abril de 2005 para la aceptación del cargo de defensor judicial, haciéndose entrega de la demanda y la documentación y emplazándose para la contestación a la demanda en un plazo de veinte días. Mediante escrito de 12 de abril de 2004, la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, sin entrar al fondo de las causas de incapacitación, solicitó que el nombramiento de defensor judicial y de tutor recayera en el Instituto Almeriense para la Tutela de Adultos, el que en comparecencia de 15 de julio de 2005 no aceptó la asunción del cargo de defensor judicial al no tener D. Juan la residencia de hecho en esa provincia. Esta negativa fue notificada el 20 de abril de 2005 a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, «a los efectos oportunos» y, ante el silencio de ésta, fue reiterada el 3 de julio de 2006 para que contestara a la demanda, lo que se verificó mediante escrito de 20 de julio de 2006.

La vista se celebró el 12 de diciembre de 2006, sin asistencia de D. Juan y sin que conste que le fuera notificada dicha convocatoria. Por Sentencia de 12 de diciembre de 2006 se acordó declarar incapaz a D. Juan y nombrar tutor a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

La Sentencia fue notificada personalmente a D. Juan el 28 de febrero de 2007, quien por escrito registrado el 19 de marzo de 2007 comunicó al Juzgado no estar de acuerdo con la incapacitación y que había solicitado el 5 de marzo de 2007 al Colegio de Abogados de Madrid el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para recurrir la Sentencia.

Por Auto de 21 de marzo de 2007 se acordó no haber lugar a tener por preparado el recurso de apelación, al haberse presentado el anterior escrito fuera del plazo de cinco días desde la notificación de la Sentencia impugnada. El Auto fue notificado al recurrente el 3 de abril de 2007, quien ese mismo día remitió un escrito reiterando que había solicitado el 5 de marzo de 2007 al Colegio de Abogados de Madrid el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio y, por tanto, dentro del plazo legal, adjuntando copia de la instancia cursada desde el centro penitenciario. Por providencia de 26 de abril de 2006 se acordó la devolución del escrito al recurrente con la indicación de que debía hacérsele saber «que, en su caso, el recurso de queja deberá presentarse en forma legal y con los requisitos establecidos en el artículo 495 de la LEC».

D. Juan interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó anular la providencia dictada el 25 de mayo de 2005 y todas las actuaciones posteriores.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado las cuestiones que fueron objeto de estudios en anteriores sentencias del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad y presunción de inocencia, lo novedoso del caso se encuentra en determinar si en el artículo 173.2 del CP, imponiendo una doble sanción, una por la habitualidad y otra por los delitos o faltas en que se concretaron los actos de violencia física o psíquica, puede ser contrario al artículo 25.1 de la Constitución por serlo al principio *non bis in idem*.

A tal efecto, es preciso con carácter previo recordar brevemente la doctrina que este Tribunal ha desarrollado acerca del citado principio.

a) Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio *non bis in idem* bajo la órbita del artículo 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y se delimitó su contenido como la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento (FJ 4; así como, entre muchas otras, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14). La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura, así, como un derecho fundamental (STC 2/2003, FJ 3, citando la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2), cuyo alcance en nuestra doctrina se perfila en concordancia con el expreso reconocimiento que del mismo han hecho los convenios internacionales sobre derechos humanos, tales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU del 19 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, en su artículo 14.7, el Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos, ratificado por España mediante Instrumento publicado en el «BOE» núm. 249, de 15 de octubre de 2009, en su artículo 4, o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que recoge la prohibición de doble sanción en su artículo 50.

Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento «constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento» [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2.c)].

b) En su vertiente material —que es la que ahora nos ocupa—, el citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de las sanciones crea una respuesta punitiva ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6.b)].

c) Por otra parte, aunque este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el

principio *non bis in idem* opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2.b)].

Partiendo de la doctrina expuesta, debemos determinar ya si el precepto cuestionado incurre en tal prohibición constitucional. Como se ha manifestado con anterioridad, el objeto de las dudas del órgano judicial es el inciso final del artículo 173.2 CP, que introduce una regla concursal según la cual debe imponerse, además de la pena prevista para el delito de violencia habitual, la sanción correspondiente a los delitos o faltas a que hubieran dado lugar los concretos actos de violencia física o psíquica que vienen a configurar la habitualidad. A tal efecto, y presupuesta la identidad de sujeto, debemos en primer lugar preguntarnos si la violencia habitual conforma una realidad independiente y distinta de los distintos hechos en que la habitualidad se funda. En segundo lugar, y en caso de que quepa concluir una identidad de hechos, habremos de analizar si las diversas sanciones previstas en el precepto responden o no a un fundamento común.

El rasgo definitorio del delito tipificado en el artículo 173.2 CP es la relación de habitualidad que debe darse entre los actos de violencia física o psíquica realizados por el sujeto activo. Pero para declarar acreditada tal relación de habitualidad no basta con la sola realización de distintos actos de violencia, sino que es preciso que éstos se hallen vinculados por una proximidad temporal —tal como establece el artículo 173.3 CP—, de modo que pueda declararse probada una situación de continuidad o permanencia en el trato violento en el entorno familiar, siendo por lo demás irrelevante si es una sola o son varias las víctimas del mismo. En este sentido, cabe afirmar ya que la realidad que el tipo penal pretende aprehender no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino —tal como viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia— la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar. Así, puede decirse que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar comporta un elemento diferencial que se puede cifrar en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación.

De lo anterior se colige que el supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un *aliud* en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar. En este sentido, es perfectamente factible imaginar supuestos en los cuales se hayan realizado distintos actos de violencia por un agente sobre los sujetos pasivos descritos en el tipo y en los que, sin embargo, no concurra esa exigencia de conexión temporal, ni pueda declararse la existencia del citado clima continuado de dominación que caracteriza la particular lesividad del delito de violencia habitual, debiendo tal circunstancia ser apreciada en cada caso concreto.

Debemos, en consecuencia, discrepar del planteamiento de la Magistrada proponente, y concluir que entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, y que, por ello, no cabe apreciar quebranto alguno del principio *non bis in idem*. Ello presupone también rechazar el paralelismo que la Magistrada invoca entre el último inciso del artículo 173.2 CP y el precepto cuestionado, por idénticos motivos, en el procedimiento que dio lugar a la STC 188/2005, de 4 de julio. En esta Sentencia declaramos contrario al citado principio el artículo 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos

de seguridad, que tipificaba como falta muy grave el hecho de «haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en el período de un año», considerando que con dicho precepto el legislador había creado un tipo «autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*» (FJ 4). Trasladando la citada aseveración al presente supuesto, entiende la Magistrada proponente que ello es exactamente lo que ocurre con la regla concursal plasmada en el artículo 173.2 CP, concluyendo que en el mismo tampoco ha introducido el legislador un hecho nuevo que permita diferenciar el delito de violencia habitual de los delitos que conforman tal habitualidad.

De cara a establecer las diferencias existentes entre el objeto de la citada Sentencia y el asunto que ahora nos ocupa, no sobra resaltar, con carácter preliminar, que el análisis sobre la concurrencia de la identidad en los hechos no debe venir presidido por una perspectiva puramente naturalística o aritmética, sino que, como ya afirmáramos en la STC 2/1981, de 30 de enero, «para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica» (FJ 6). Ello ha de ser necesariamente así, por cuanto lo que se compara no son meros acontecimientos de la realidad, sino la descripción que de tales acontecimientos ha efectuado el legislador en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, descripción inevitablemente acotada a partir de elementos valorativos y según las finalidades que el legislador persigue con su regulación.

Sentado lo anterior, debe destacarse que el reproche de inconstitucionalidad que formulamos en la STC 188/2005 estaba basado en que la redacción del artículo 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986 ni introducía expresamente ni de su exégesis podía inferirse elemento fáctico alguno diferente a la mera acumulación de tres sanciones graves, sin que el plazo de un año que fijaba el precepto incorporara un factor adicional de lesividad o desvalor desde el que, negando la identidad de hecho, poder despejar el reproche de desproporción con la sanción prevista en el precepto como una falta muy grave.

Pues bien, a diferencia de la regulación de la conducta descrita en tal precepto, el supuesto de hecho del delito de violencia habitual sí lleva ínsita semejante interpretación, al incorporar el elemento de la habitualidad, que como ya hemos afirmado constituye el rasgo que caracteriza el ilícito penal y lo dota de su específico desvalor. Frente al automatismo del plazo de un año establecido en el ilícito administrativo, el tipo penal incorpora una serie de criterios materiales —número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal entre ellos—, si bien dejando en manos del órgano judicial la concreción en cada caso del número y período en que los mismos se cometieron y, con ello, la apreciación del elemento de la habitualidad. En este sentido, y siguiendo la interpretación que del precepto han acogido doctrina y jurisprudencia, la habitualidad en el precepto cuestionado no se entiende como un requisito meramente formal o aritmético —en el sentido de que un determinado número de actos conformen sin más la misma—, sino que introduce un componente adicional y autónomo de lesividad, consistente en la citada atmósfera de dominación o sometimiento continuado, que debe considerarse acreditado para la aplicación del tipo penal. En virtud de lo afirmado podemos concluir que el concepto de habitualidad que utiliza el legislador en el precepto cuestionado no se identifica con la mera reiteración de conductas, por cuanto los citados requisitos materiales que lo conforman, y que el juzgador debe valorar en cada caso, implican el surgimiento de un hecho nuevo, valorativamente distinto —porque distinto es su potencial lesivo— a la suma de los actos de violencia aisladamente considerados como pone de manifiesto el artículo 173.3 CP. Es la exigencia de tal elemento típico lo que permite concluir que su supuesto de hecho no es idéntico a la suma de los concretos actos de violencia realizados; y es, en suma, el componente adicional de lesividad que conlleva lo que permite rechazar que la doble sanción establecida en el precepto cuestionado suponga un ejercicio

desproporcionado del *ius puniendi* y, por ende, la vulneración del derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE).

El recurrente aduce en su demanda de amparo que las resoluciones impugnadas han vulnerado, en primer lugar, sus derechos a la defensa, asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), ya que en los diversos escritos remitidos al Juzgado se evidenciaba la intención de personarse en el procedimiento para oponerse a la pretensión de incapacitación, sin que se le hubieran designado profesionales del turno del oficio y sin que resultara suficiente la designación de defensor judicial al existir un conflicto de intereses. En segundo lugar, también aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos, ya que en el plazo de cinco días desde que se le notificó la Sentencia de instancia cursó instancia al Colegio de Abogados solicitando designación de Letrado de oficio, poniendo esa circunstancia en conocimiento del Juzgado, lo que legalmente suponía la suspensión de plazos para recurrir en apelación.

El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 29 de marzo de 2010, interesó el otorgamiento del amparo. A esos efectos señala, en primer lugar, que no ha existido la vulneración aducida del derecho de defensa y asistencia letrada (artículo 24.2 CE), ya que el recurrente fue debidamente emplazado al procedimiento, notificándose que podía comparecer con su propia representación y defensa, lo que, a pesar de mostrarse contrario a la incapacitación, no realizó, provocando con ello el nombramiento de un defensor judicial. Por el contrario, el Ministerio Fiscal considera que se ha producido la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), ya que, en contradicción con lo previsto legalmente, no se realizó un examen personal del presunto incapaz por el Juez. De ese modo, se ha omitido un trámite con indudable relevancia constitucional, en los términos expuestos en la STC 174/2002, que entronca con la garantía de audiencia a que se refiere el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. En atención a ello solicita la nulidad de las resoluciones impugnadas con retroacción de actuaciones. Subsidiariamente, considera el Ministerio Fiscal que también se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos, al haberse denegado tener por preparado el recurso de apelación, a pesar de que el recurrente cursó en plazo hábil solicitud de designación de Letrado de oficio y así lo comunicó al órgano judicial.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si en el procedimiento judicial de incapacitación del recurrente se han vulnerado sus derechos a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), por haberse seguido dicho procedimiento sin hacer posible su comparecencia personal al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio, o, subsidiariamente, del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos, por haberse denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra la Sentencia de incapacitación.

Este Tribunal ha reiterado que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 CE), que debe ser reconocido no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión. Igualmente se ha destacado que en el supuesto de que la intervención de Letrado sea legalmente preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado, debiendo los órganos judiciales considerar la ausencia de Letrado como un requisito subsanable,

ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (por todas, STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2).

También se ha señalado que en los casos en que la intervención de Letrado no es preceptiva con arreglo a las normas procesales, ello no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada del artículo 24.2 CE, ya que no se obliga a las partes a actuar personalmente, sino que se les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica. En consecuencia, el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales casos, quedando su ejercicio a la disponibilidad de las partes, lo cual lleva consigo, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, cuando se solicite y resulte necesario. La exigencia de que el interesado solicite formalmente ante el órgano judicial la designación de Letrado de oficio se deriva de que lógicamente sólo a través de la emisión expresa de su voluntad de ser asistido de Letrado podrá el órgano judicial proceder a su designación. Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que la necesidad constitucional de asistencia letrada viene determinada por la finalidad que este derecho cumple. De este modo, será constitucionalmente obligada la asistencia letrada allí donde la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal, lo que se determinará, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa (por todas, STC 225/2007, de 22 de octubre, FJ 4).

Por otra parte, y ya en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, este Tribunal ha puesto de manifiesto que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al artículo 24.2 CE (por todas, STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 5).

En el presente caso, como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, han quedado acreditados los siguientes extremos: en primer lugar, que al recurrente, interno en un centro penitenciario, le fue notificado el Auto de 25 de febrero de 2005, por el que se acordaba la admisión de la demanda de su incapacitación presentada por el Ministerio Fiscal, haciéndole saber, entre otros extremos, por un lado, que podía comparecer en el proceso con su propia representación y defensa, y por otro, que se tenía por nombrada a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos como defensor judicial. En segundo lugar, que el recurrente, al día siguiente de recibir dicha notificación, dirigió un escrito al Juzgado, encabezado como recurso de reposición, señalando que no necesitaba la tutela de ningún organismo y que se encontraba capaz para gobernar su persona y bienes. Este escrito fue respondido por el Juzgado mediante providencia de 25 de mayo de 2005 inadmitiendo a trámite el recurso por no expresarse la infracción supuestamente cometida. A este escrito siguió otro de 15 de marzo de 2005, en que el recurrente negaba padecer ninguna patología que pudiera conllevar su incapacitación, y que le fue devuelto por diligencia de ordenación de 18 de marzo de 2005 «por no haberse presentado en forma legal». El recurrente, en un tercer escrito de 28

de marzo de 2005, solicitó que se suspendiera el procedimiento, ya que «necesito hablar con mi defensa antes», señalando también la necesidad de la comparecencia de una determinada persona para testificar. Este escrito fue unido a los autos por providencia de 19 de abril de 2005 sin más trámite.

Igualmente, ha quedado acreditado en las actuaciones que, mientras el recurrente remitía escritos oponiéndose al procedimiento, que eran sistemáticamente inadmitidos, por falta del cumplimiento de requisitos formales, o no recibían respuesta, la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, que había sido nombrada defensor judicial, impugnó ese nombramiento, que tampoco fue aceptado por el Instituto Almeriense para la Tutela de Adultos, hasta que finalmente la Agencia Madrileña contestó a la demanda de incapacitación mediante escrito de 20 de julio de 2006, una vez que ya se había realizado el reconocimiento médico forense del recurrente. Finalmente la vista se celebró el 6 de septiembre de 2006 sin la comparecencia del recurrente, que no fue personalmente notificado y sin que en ningún momento fuera oído sobre las causas de incapacitación alegadas ni sobre la propuesta de nombramiento de tutor.

En atención a lo expuesto, debe concluirse que se ha producido la vulneración del derecho a la asistencia letrada y a la defensa (artículo 24.2 CE) invocado por el recurrente. El órgano judicial, siendo manifiesta e inequívoca la voluntad del recurrente de comparecer personalmente en el procedimiento de incapacitación, y aunque éste no solicitó formalmente la designación de profesionales del turno de oficio, no ofreció al recurrente la oportunidad de reparar esa omisión para que pudiera hacer efectiva su oposición a la demanda, generando con ello una indefensión con relevancia constitucional.

En efecto, este caso presenta unas especiales circunstancias que no han sido ponderadas de manera adecuada por el órgano judicial y que constitucionalmente, en evitación de generar una situación de efectiva indefensión al recurrente, le obligaban a adoptar las medidas necesarias que posibilitaran al recurrente y, tal como era su voluntad expresa, poder comparecer formalmente en el proceso con su propia defensa y representación para oponerse a la acción de incapacitación instada por el Ministerio Fiscal. Singularmente, debería haberse procedido a instar el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio o, en su defecto, al menos, haberse puesto en conocimiento del recurrente la posibilidad de solicitar dicho nombramiento en caso de no poder hacerse cargo económicamente de los gastos de unos profesionales de libre elección.

Esas especiales circunstancias tienen relación tanto con aspectos estructurales del proceso de incapacitación como con situaciones singulares del desarrollo procedimental del concreto proceso que trae causa a este amparo. Así, en primer lugar, hay que señalar la trascendental importancia que para el recurrente tenía el objeto de este procedimiento. Como ya se expuso anteriormente, este Tribunal ha destacado en la citada STC 174/2002 que toda limitación o restricción de la capacidad jurídica de una persona, que es lo que está en juego en el proceso de incapacitación, afectan a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE).

Si bien el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (artículo 24.2 CE) se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento. Esta conclusión también cabe extraerla del artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 («Boletín Oficial del Estado» 21 de abril de 2008), en cuyo apartado primero, a los efectos de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, se prevé la posibilidad de ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. En su apartado segundo se incluye, además, una apelación a la necesidad de que los Estados parte promuevan la formación adecuada de los

que trabajan en la Administración de Justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia.

Una segunda circunstancia de especial relevancia en el caso es que en el proceso sobre la capacidad de las personas está previsto legalmente que las partes que deban comparecer lo hagan asistidas de abogado y representadas por procurador [artículo 750.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)]. Dicho de otra forma, este tipo de procedimientos se encuadra entre aquéllos en los que la garantía constitucional de la defensa letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que, como también se ha dicho anteriormente, ha llevado a este Tribunal a establecer que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2).

El hecho, puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su informe, de que legalmente está previsto suplir la ausencia de comparecencia del presunto incapaz a través del nombramiento de defensor judicial (artículo 758 LEC), no implica que deba aplicarse la doctrina reiterada por este Tribunal de que en los casos en que la intervención de Abogado no sea legalmente preceptiva es necesario que haya una solicitud formal que posibilite la designación de profesionales del turno de oficio. Esta doctrina, como se ha expuesto más arriba, trae su origen en que la ley, en los casos en que no impone la actuación a través de Abogado y Procurador, faculta al ciudadano para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, concluyendo de ello que, al quedar el ejercicio del derecho a la disponibilidad de las partes, es necesario que el interesado solicite formalmente la designación de Letrado de oficio para que el órgano judicial pueda proceder a instar dicho nombramiento. En los procesos de incapacitación, sin embargo, la única posibilidad de hacer efectiva la personación del demandado en caso de que quiera oponerse personalmente a la pretensión de incapacidad es mediante Abogado y Procurador, estando vedada legalmente la posibilidad de autodefensa. En este contexto, aunque el nombramiento de defensor judicial es una institución tendente a garantizar los intereses del presunto incapaz supliendo su inactividad, no puede ser sustitutiva de la voluntad manifiesta de éste de comparecer personalmente en el procedimiento. La comparecencia, hay que insistir en ello, legalmente debe articularse con carácter preceptivo mediante Abogado y Procurador.

Por tanto, las características inherentes a los procesos sobre incapacitación de las personas y la exigencia legal de que las partes que deban comparecer en dichos procesos lo hagan asistidas de Abogado y representadas por Procurador imponen la necesidad de que los órganos judiciales, en aras de hacer efectivo el derecho a la asistencia letrada del presunto incapaz, adopten las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan al interesado el poder hacer efectiva su voluntad de comparecer en el procedimiento en defensa de sus intereses legítimos, extremando para ello todas las cautelas.

En el proceso concreto del que trae causa este amparo, además, concurre una serie de circunstancias que también resulta necesario ponderar. La primera es el hecho de que el recurrente estuviera interno en un centro penitenciario, lo que aumenta las dificultades de asesoramiento y comunicación tanto con el Juzgado como con el eventual defensor judicial. La segunda son los avatares, ya relatados, que sufrió la designación del defensor judicial institucional que tuvo tal demora que provocó no sólo el desarrollo de actos procesales de esencial importancia, como el reconocimiento médico forense del recurrente, en ausencia de cualquier tipo de defensor, sino que, ante los muy diversos escritos remitidos por el recurrente, el Juzgado tampoco contaba con un defensor al que poder dirigirlos.

La tercera circunstancia, y la más significativa, es la existencia de muy reiterados escritos dirigidos por el recurrente al Juzgado en los que era manifiesta tanto su voluntad de comparecer en el proceso de incapacitación para oponerse a éste, singularmente el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de incoación del procedimiento y la solicitud de prueba testifical, como alegaciones concretas sobre la situación de indefensión material que estaba sufriendo al no poder ni siquiera entrar en contacto con su defensor judicial. Frente a dichos escritos, la posición del

órgano judicial, como también se ha relatado, fue en el caso del recurso de reposición inadmitirlo por providencia de 25 de mayo de 2005 y en el del resto de escritos acordar su devolución o unirlos a las actuaciones sin más trámite.

Pues bien, en este contexto, y si bien es cierto que en la primera notificación se hizo saber al recurrente que «podía comparecer con su propia defensa y representación», ello no colma, frente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, las exigencias constitucionales mínimas impuestas al órgano judicial en cumplimiento de sus deberes como garante de hacer posible al recurrente una efectiva tutela de sus derechos de defensa y asistencia letrada. El órgano judicial, por la importancia de los intereses a dilucidar, la situación de presunta incapacidad, la exigencia legal de que toda comparecencia se realice con asistencia de Abogado y Procurador, la situación de internamiento, las dificultades para que se asumiera el cargo de defensor judicial y por los reiterados intentos del recurrente de oponerse al procedimiento del que estaba siendo objeto, estaba constitucionalmente obligado, para hacer efectivo el derecho de defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 CE) y para evitar generar al recurrente una situación de efectiva indefensión, a adoptar las medidas necesarias que hicieran posible al recurrente, tal como era su voluntad expresa, comparecer formalmente en el proceso con su propia defensa y representación. Dichas medidas podrían haber consistido bien directamente en instar el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio o, en su defecto, al menos, haber puesto en conocimiento del recurrente que sólo podía hacer efectiva su comparecencia en el proceso mediante la intervención de abogado y procurador, que podía designar libremente o, en caso de no poder hacerse cargo económicamente de los gastos, solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para que le fueran designados dichos profesionales a través del turno de oficio.

Singularmente, esas medidas debieron haberse adoptado desde el momento mismo en que el recurrente remitió el escrito de interposición del recurso de reposición contra el Auto de 25 de febrero de 2005 por el que se admitió a trámite de la demanda, toda vez que su mera inadmisión por providencia de 25 de mayo de 2005, por no haberse presentado con las formalidades debidas, entre ellas la falta de representación de procurador y de asistencia letrada, pone de manifiesto que la no adopción de dichas medidas generó al recurrente una indefensión material concretada en la pérdida de la posibilidad de oponerse a la resolución, que se perpetuó después al no haber podido comparecer con su propia representación durante el proceso.

Por tanto, procede otorgar el amparo por la vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del recurrente, lo que determina, sin necesidad de entrar a analizar la vulneración aducida del derecho de acceso al recurso, la nulidad de las resoluciones dictadas por el Juzgado a partir de la providencia de 25 de mayo de 2005 que acuerda la inadmisión del recurso de reposición interpuesto contra el Auto de admisión de la demanda, así como la retroacción de actuaciones a fin de que se provea respecto de dicho recurso con respeto al derecho fundamental reconocido.

TRIBUNAL SUPREMO

GUARDA Y CUSTODIA

La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que ha de basarse en razones objetivas debiendo evitarse decisiones arbitrarias.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Eduardo y D.ª Esmeralda contrajeron matrimonio el 22 de julio de 1995. Se decretó la separación judicial por Sentencia del 7 de octubre de 2002. El matrimonio tenía un hijo, nacido el 12 de julio de 1999 cuya custodia se otorgó a la madre.

D. Eduardo interpuso demanda de divorcio y de modificación de medidas en la que pidió que se acordase la guarda y custodia compartida del hijo menor. En la contestación a la demanda, la esposa admitió la petición de divorcio y se opuso a la guarda y custodia compartida.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Valencia dictó Sentencia el 26 de junio de 2006 estimando la petición de divorcio adoptando las siguientes medidas: 1.º) Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación al hijo menor de los litigantes, guarda mensual alternativa, con el sistema de comunicación y visitas que se detalla en el Fundamento de Derecho núm. dos de la presente resolución, debiendo cooperar los progenitores en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de su hijo. 2.º) Cada uno de los progenitores abonará los gastos ordinarios (estudios, alimentación, ocio, vestido,...) que se produzcan cuando el menor se encuentre bajo su guarda, abonando por mitad los gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, con independencia de cuando se produzcan. D. Eduardo seguirá abonando los gastos del menor referentes al seguro médico de Sanitas, la cuota por pertenencia a la Falla y los gastos escolares de comedor. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Guarda y custodia compartida. Para el otorgamiento de la custodia compartida se razonaba que «en estos procedimientos debe buscarse la protección del interés del menor,... y teniendo en cuenta el dictamen pericial de fecha 23 de mayo de 2006 a la vista de la situación sociofamiliar que acontece en los presentes, iniciándose cada uno de los litigantes nuevas relaciones de pareja, que a su vez formaban una unión anterior, con hijos en común, y dado

el desarrollo de visitas paterno-filiales, siendo éstas amplias y flexibles, así como la relación coparental, estilos educativos y características psicológicas de los progenitores y evaluación que ofrece el menor, estima la proveyente que el sistema de guarda y custodia compartida, puede resultar muy beneficioso para el menor, el cual se encuentra muy bien integrado en cada uno de los entornos familiares de sus progenitores, los cuales respetan el desarrollo de las relaciones familiares de su hijo, tras su ruptura conyugal, y sin interferencias mutuas, mostrando el menor un fuerte y sólido vínculo afectivo con sus progenitores, en los cuales no constatan discrepancias educativas importantes, estimando la proveyente que si bien se aprecia por el perito psicólogo limitaciones en la relación coparental, no obstante, también se indica que puede la misma producirse, manteniéndose entre los progenitores una comunicación básica en torno a las cuestiones que afectan a su hijo menor, y por todo ello estimo que el sistema compartido de guarda y custodia puede ofrecer más ventajas y beneficios para el hijo menor de los litigantes, acordándose parcialmente el sistema propuesto por el progenitor...». Se acordó el sistema de guarda y custodia compartida del hijo menor, mensual alternativa, con el sistema de visitas que se especificaba.

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 15 de enero de 2007 revocando la sentencia en el sentido de atribuir a la madre la custodia. Para esta decisión se fundamentó con base en que «es criterio de esta Sala, salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudieran aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos...»; de este modo, «no procede acordar la custodia compartida interesada en el caso de autos habida cuenta que, no obstante los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, es lo cierto que ni ha habido alteración sustancial alguna de lo que los propios cónyuges convinieron hace poco en el procedimiento de separación, de fecha 7 de octubre de 2002, ni siquiera el propio gabinete psicosocial aconseja tal medida; en efecto, basta la simple lectura de las conclusiones del citado informe obrante al folio 162 para claramente comprobar que dicho organismo dice que «no existen aspectos que hagan necesario el cambio de medidas», añadiendo a continuación «que tampoco se observan circunstancias que desaconsejen una custodia compartida».

D. Eduardo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y el Tribunal Supremo otorgó la custodia compartida.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El Motivo único señala la infracción de los artículos 218.2 y 348 LEC, así como del artículo 24 CE. La sentencia debería contener el análisis del informe del gabinete psicosocial que se pidió en segunda instancia como nueva prueba, para determinar la guarda y custodia compartida, o en otro caso, se debe desvirtuar el informe. La sentencia no se ha pronunciado sobre el informe que constituye la prueba llevada a cabo en segunda instancia, por lo que se ha producido indefensión.

El motivo se estima. Los hechos sucedidos se resumen a continuación para mejor comprensión de los razonamientos que seguirán: En segunda instancia se pidió nueva prueba, porque al haberse acordado la guarda y custodia compartida, se pedía que se comprobara cómo funcionaba. La Sala accedió a que se procediera a un nuevo informe de los servicios psicosociales, al haberse ejecutado la sentencia de 1.ª

instancia y ser efectiva la guarda compartida; dicho informe concluyó que no se habían producido circunstancias que impidieran el desempeño de las funciones familiares y que «se han observado condiciones favorables para la adopción de un sistema de custodia compartida», de modo que se recomendaba mantener el vigente sistema de medidas, «con el fin de favorecer la continuidad del menor en ambos contextos de manera equitativa». A pesar de ello, la sentencia recurrida hace referencia únicamente a las conclusiones del informe pedido en 1.ª instancia, pero ni tan sólo alude al nuevo.

El padre, ahora recurrente, pidió la nulidad de actuaciones por esta razón, que fue denegada, por Auto de 12 de marzo de 2007. El Fiscal, en su preceptivo informe, dice que la Audiencia Provincial ha prescindido de una prueba capital, originando indefensión.

Es cierto que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha valorado una prueba fundamental para la decisión relativa a la continuación o no de la guarda y custodia compartida. Aunque no es exacto que no la haya tenido en cuenta, puesto que en el Auto de 12 de marzo de 2007 claramente se señala que la guarda compartida en los casos en que no exista acuerdo entre los progenitores, se acordará cuando se den unas circunstancias que no son las que han intervenido en el presente procedimiento. Se concluye de ahí que la Sala ha valorado implícitamente la prueba en sentido negativo, por lo que, y pese a éstos, sigue manteniendo el criterio de denegarla.

Para evitar la indefensión, esta Sala debe admitir la prueba producida en la segunda instancia y acordada por la Sala sentenciadora con el argumento que «tendrá el gabinete mayores elementos de juicio sobre la conveniencia o no de tal medida».

En consecuencia y en aplicación de lo dispuesto en la DF 16 LEC, por haberse interpuesto el recurso de casación de acuerdo con el artículo 469, 2 LEC, así como por haberse producido una vulneración del artículo 24 CE que sólo afecta a la sentencia, la Sala debe dictar nueva sentencia teniendo en cuenta la prueba producida en segunda instancia y lo alegado en el recurso de casación, que se examina a continuación.

2. Recurso de casación

En el motivo se alega la infracción del artículo 92.8 y 9 LEC porque la propia Sala sentenciadora ha expuesto en reiteradas sentencias que conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura y concluye que sólo la adopción de esta medida es la manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor manera de proteger el interés del menor. Alega como sentencias de las Audiencias que determinan jurisprudencia contradictoria las de la Valencia núm. 485/2005 (sección 10), de 22 de julio; Valencia núm. 9/2004 (sección 10), de 12 de enero, Madrid (sección 22) de 17 de septiembre de 2002; Valencia núm. 238/2000 (sección 6.ª), de 9 de marzo y Baleares núm. 249/1999, de 19 de abril.

El motivo se estima.

La doctrina de la Sala sobre la atribución de la guarda y custodia compartida.

En primer lugar, debe recordarse que esta Sala, en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, ha interpretado el artículo 92 CC en el sentido siguiente: «[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el párrafo 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en

los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1.2 LEC. Además, en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe "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"».

Además, la Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los criterios a tener en cuenta en la atribución de la guarda y custodia compartida. Así la Sentencia de 8 de octubre de 2009, con ocasión de admitir un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se produjo una falta de argumentación, después de aludir a normas de derecho comparado, señaló que «[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven», argumentos que ya habían sido utilizados en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, esta vez como *obiter dicta*.

En este caso, la sentencia recurrida ha revocado la guarda y custodia compartida acordada en la primera instancia y ello con argumentos como: a) que no es criterio de la sala sentenciadora acordarla excepto en los casos excepcionales que cita; b) que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; c) que el informe emitido en la primera instancia no la aconsejaba claramente.

Y ello olvidando lo siguiente: a) que la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; b) que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y es por ello que como ya se ha recordado en el anterior fundamento, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo; c) que el informe emitido por los servicios psicosociales como prueba en segunda instancia concluía que no sólo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia pronunciada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y d) que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.

Por ello, esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en la DA 16, LEC, entiende que a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en la primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio fiscal y teniendo en cuenta los informes de los servicios psicosociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del que es reflejo la sentencia objeto de recurso.

VIVIENDA FAMILIAR

Se estima la demanda de desahucio y se acuerda el lanzamiento de la ocupante que fue esposa del arrendatario fallecido al no haberse cumplido los requisitos legales para que se produjese la subrogación, dado que la esposa no era arrendataria del inmueble aunque el inmueble constituyese la vivienda del matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Macarena era propietaria de la vivienda sita en Santa Coloma de Gramenet.

Por contrato de 1 de octubre de 1954, D. Víctor, fallecido en la actualidad, alquiló a D. Eliseo, esposo de Agustina, la citada vivienda.

El arrendatario, D. Eliseo, falleció el 10 de octubre de 2003.

D.ª Macarena tuvo conocimiento del referido fallecimiento por carta remitida por burofax el día 4 de febrero de 2004 por la demandada al administrador de la finca. En dicha carta se comunicaba tanto el fallecimiento como la intención de la esposa de subrogarse en el arrendamiento en el lugar de su marido fallecido.

D.ª Macarena interpuso demanda de desahucio contra D.ª Agustina.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santa Coloma de Gramenet dictó Sentencia el 18 de enero de 2005 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 13.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 30 de junio de 2006, estimando el recurso interpuesto, pero confirmando la sentencia aunque por otros fundamentos.

D.ª Agustina interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien declaró el desahucio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento jurídico de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia para desestimar la demanda

Primero. Solicita la demandante la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado el 1 de octubre de 1954, alegando que la esposa del arrendatario comunicó el fallecimiento de éste, al objeto de subrogarse en el contrato, transcurrido el plazo previsto en el artículo 16.3 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Tal como se dispone en la Disposición Transitoria 23 de la Ley 29/1994, los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 continuarán rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, salvo en determinadas cuestiones que regula. Entre ellas se establecen normas especiales sobre la subrogación *mortis causa* a que se refiere el artículo 58 de la LAU de 1964, declarando aplicables las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la

vigente LAU. En el referido artículo se establece que el arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario, el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

Segundo. La demandada se opone a la estimación de la demanda con dos tipos de argumentos. En primer lugar alega que, en realidad, puesto que el contrato de arrendamiento lo concertó su difunto esposo cuando ya estaban casados, la vivienda justamente se arrendó como domicilio familiar, como así se deduce del estado civil del arrendatario que consta en el contrato, de forma que la demandada ostenta directamente la condición de arrendataria. En segundo lugar, en cualquier caso sostiene la demandada que tras fallecer su esposo el 10 de octubre de 2003, al mes siguiente, concretamente el 4 de noviembre de 2003, se personó en la oficinas del administrador (Finques Ferrarons), pagó el alquiler del mes de noviembre y comunicó el fallecimiento de su esposo, así como su voluntad de seguir en la vivienda, solicitando que en adelante emitieran el recibo a su nombre. En la confianza depositada durante largos años en la citada administración, transcurrieron los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004 sin que los recibos se emitieran a su nombre, de forma que a principios de febrero, cuando acudió a pagar la renta del mes, se negaron a cobrar, aduciendo que debía comunicar por escrito el fallecimiento de su esposo. Por esta razón, comunicó por escrito dicho fallecimiento en carta que remitió por burofax el 4 de febrero de 2004, adjuntando la documentación exigida por la LAU. La respuesta a esta carta fue la no aceptación de la subrogación pretendida por haberse notificado fuera de plazo.

Tercero. El contrato de arrendamiento fue celebrado el 1 de octubre de 1954 entre el entonces propietario de la vivienda, Don Abilio (cónyuge de la demandante) y el difunto esposo de la demandada, Don Eliseo, haciendo constar expresamente la condición de casado de éste, de forma que la vivienda ha sido desde entonces el domicilio conyugal y familiar de la demandada. Es cierto que en aquellas fechas el Ordenamiento jurídico establecía importantes limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada, como también lo es que en Catalunya, aun antes de la Compilación de 1960, el régimen económico matrimonial habitual era y es el de separación de bienes (EI Tribunal de Cassación de Catalunya, en sentencia de 26 de julio de 1937, proclamó que la familia acostumbra a organizarse en Catalunya de acuerdo con la separación de bienes, tradición que es la que recogió la Compilación, al establecerse dicho régimen como supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales).

La tesis consistente en considerar, en supuestos como el presente, que el titular del contrato no es sólo el cónyuge que lo firma, sino también su esposa, en forma solidaria (la cotitularidad por cuotas carece de sentido), ha sido debatida en la jurisprudencia con respuestas divergentes. Ejemplo de las dos tesis posibles es la sentencia de 5 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz, citada en la contestación a la demanda, aunque se transcribe otra sentencia, en concreto la de 18 de septiembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4.ª). Es esta sentencia la que textualmente afirma: «Esta Sección (pese a considerar que tanto una como otra postura pueden tener una justificación jurídica razonable) ya ha manifestado su criterio en otras resoluciones anteriores, en concreto en la sentencia de 3 de diciembre de 1999 (rollo núm. 400/99) en la que se señalaba que el criterio de la cotitularidad de ambos cónyuges había sido reconocido, antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional (de 31 de octubre de 1986 y 6 de octubre de 1989), sentencias que si bien contemplaban supuestos distintos al presente, su doctrina viene a ser aplicable a toda relación arrendaticia constituida sobre una base conyugal o familiar, en la que debe afirmarse una titularidad conjunta de ambos cónyuges (solidaria y no por cuotas) sobre el arrendamiento y ello pese a la suscripción del contrato por uno solo de ellos, derivándose del mismo, en definitiva, una facultad compartida sobre la totalidad del arrendamiento y, por tanto, también ostentada por la mujer desde el inicio del vínculo contractual» y se concluía a continuación que «como se ha señalado ya por otras Audiencias Provinciales, no

es procedente la aplicación del numero 4.b) de la Disposición Transitoria segunda, ya citada, en la que se establecen normas para la aplicación del artículo 58 LAU de 1964, porque no se está en un supuesto genuino de subrogación *mortis causa* del contrato de arrendamiento, sino en el caso de que, habiendo desaparecido por defunción uno de los titulares del arrendamiento solidario, subsiste de acuerdo con las normas de la solidaridad el contrato con el otro titular. Y todo ello porque el hecho de que apareciese en el documento contractual únicamente el marido en calidad de arrendatario, no significa que tan sólo éste ostentase tal condición, sino que también la tenía su esposa (la demandada), por lo que producido el fallecimiento del primero la segunda no tiene, en realidad, necesidad de subrogarse en su lugar, pues su cotitularidad permanece, y si bien y formalmente ésta notificó a la arrendadora su voluntad de subrogarse al fallecimiento de su marido, esta notificación, en su materialidad, no lo es de una subrogación (calificación que no vincula sólo por los términos utilizados) sino de la subsistencia del contrato con ella como titular». Ahora bien, como la sentencia de 18 de septiembre de 2002 sigue diciendo, si bien antes de la entrada en vigor de la vigente LAU se mantuvo la tesis de la cotitularidad compartida «para evitar la resolución en una situación que no pudo contemplar la legislación precedente», ello ya no sucede en la actualidad, «ya que el artículo 12 regula el desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario, el artículo 15 la separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario y en el artículo 16 la muerte del arrendatario, sin que se introduzca ninguna salvedad en el cumplimiento de trámites, ni se haga distinción de los distintos regímenes matrimoniales». Dichas normas, al estar contenidas en la legislación especial arrendaticia, gozan de especificidad frente a la normativa general reguladora del régimen económico conyugal en el Código Civil, lo que se extrae de la propia voluntad del Legislador expresada en la LAU, al contemplar expresamente el supuesto de la subrogación del cónyuge del arrendatario, sin que, por tanto, la nueva ley reconozca la cotitularidad alegada en el contrato del cónyuge no firmante, pues si así fuere sería innecesaria toda referencia a la subrogación y la regulación de esta materia quedaría vacía de contenido (sentencia de la AP de Barcelona de 5 de diciembre de 2002). Compartiendo la tesis expuesta, debe negarse la cotitularidad alegada de la demandada, de forma que para subrogarse en el contrato de arrendamiento debe darse cumplimiento a lo previsto en el artículo 16 de la vigente LAU.

Cuarto. Tal como se ha expuesto, no hay duda y es incontrovertido que la demandada comunicó por escrito la defunción de su esposo con todas las formalidades fuera de plazo, es decir, transcurridos los tres meses desde la defunción. No obstante, ocurre que la demandada sostiene que el 4 de noviembre de 2003 se personó en la oficinas del administrador (Finques Ferrarons), pagó el alquiler del mes de noviembre y comunicó verbalmente el fallecimiento de su esposo, así como su voluntad de seguir en la vivienda, solicitando que en adelante emitieran el recibo a su nombre.

En cuanto al modo de notificar al arrendador la defunción del arrendatario y la voluntad de subrogación, también ha sido objeto de discusión. Mientras unos se inclinan por una interpretación literal y rigorista del artículo 16 LAU, exigiendo la notificación por escrito con los demás requisitos, otros, interpretando la norma atendiendo a su espíritu y finalidad (artículo 3.1 Código Civil), consideran que tales requisitos de procedimiento tienen naturaleza *ad probationem*, de (que) manera que la recepción de una declaración de voluntad favorable a la continuación del arriendo efectuada por una persona que reúne las condiciones legales para la subrogación permite la pervivencia de la relación arrendaticia, con independencia de que se haya dado estricto cumplimiento a los citados requisitos de procedimiento. Como se observa en la sentencia de 11 de octubre de 2001 de la AP de Barcelona, si el arrendamiento mismo puede concluirse sin sujeción a forma alguna, no es lógico que algo que tiene una menor importancia sí se sujete a un rigorismo formal. Tal es el criterio que se sustenta en la citada sentencia de la AP de Barcelona 5 de diciembre de 2002 y en otras de la misma Audiencia, como las de 26 de junio de 2001 y 30 de septiembre de 2003, entre otras muchas.

Quinto. De modo que la cuestión verdaderamente controvertida en este caso es si puede

estimarse probado que D.ª Agustina se personó el 4 de noviembre de 2003 en las oficinas del administrador (Finques Ferrarons), pagó el alquiler del mes de noviembre y comunicó verbalmente el fallecimiento de su esposo, así como su voluntad de seguir en la vivienda, solicitando que en adelante emitieran el recibo a su nombre. Pues bien, adelantando el sentido de la presente resolución, tomando en consideración las circunstancias que han rodeado la vida del contrato de arrendamiento desde que fue concertado en 1954 y particularmente valorando en conjunto las pruebas practicadas en el acto del juicio, tal afirmación se estima probada, de modo que procede en consecuencia la desestimación de la demanda.

Entre la arrendataria y Finques Ferrarons ha existido una larga relación, hasta el punto que desde hace 37 años la Sra. Agustina y su esposo pagaban el alquiler personalmente en la oficina del administrador, por lo que existía una relación de confianza absoluta con los empleados de la administración y con el propio administrador, primero Don Santos y luego con el hijo de éste, Don Artemio, letrado que ahora firma la presente demanda. Es más, incluso Don Santos, en calidad de administrador, firmó en 1967 un contrato de arrendamiento de una vivienda propiedad ahora de D.ª Agustina, gestionando el cobro de los recibos del alquiler, que sigue vigente en la actualidad (y con seguridad con una renta mínima). En el acto del juicio Dona Agustina narró con seguridad y aplomo lo que sucedió tras el fallecimiento de su esposo, y en particular su visita a las oficinas del administrador en noviembre de 2003, precisamente para pagar la renta personalmente como siempre había hecho. Desde luego resultaría extraño que ese mes y en los sucesivos la Sra. Agustina no dijese nada sobre el fallecimiento de su esposo, que tuvo lugar tras una rápida enfermedad. Y sobre todo que no dijese nada a la empleada de la administración que solía atenderla desde hacía muchos años (36 o 37), D.ª Esmeralda, en la que tenía depositada toda su confianza. EI sentido común sugiere precisamente lo contrario, y esa versión de lo ocurrido fue corroborada por la hermana de la demandada, D.ª Tatiana, y por el esposo de ésta, Don Narciso. Es cierto que estos testigos son parientes de la demandada, pero aun así sus manifestaciones ofrecieron plena credibilidad. Justamente lo contrario que la testifical de D.ª Esmeralda. A la mayoría de las preguntas que se le formularon respondía con un lacónico «no sabe» o «no recuerda», respondiendo de manera casi evasiva. Es sorprendente que después de una relación personal con la demandada de tantos años o no sabía o no recordaba. Desde luego debe tomarse también en consideración que al acto del juicio acudió como letrado de la demandante el administrador y, por tanto, empleador de la Sra. Esmeralda, Don Artemio. Si bien es cierto que dicho letrado firma la demanda, al acudir otra letrada a la audiencia previa al juicio, se admitió inadvertidamente la testifical propuesta del Sr. Santos, que al acudir al acto del juicio como letrado automáticamente quedó inhabilitado como testigo, evitando así tener que declarar bajo juramento o promesa y, de paso, ser quien interrogaba a sus propias empleadas. En definitiva, se comparte plenamente la tesis de la demandada, víctima de un exceso de confianza, al esperar que se librasen los recibos del pago de la renta a su nombre más allá de los tres meses, cuando finalmente y por indicación de la administración efectuó la notificación por escrito transcurrido dicho plazo.

2. Razonamiento jurídico de la Sentencia de la Audiencia Provincial para desestimar la demanda

Primero. Con la demanda inicial la actora, propietaria de una vivienda, interesa se declare extinguido el contrato de arrendamiento suscrito sobre la misma en fecha 1 de octubre de 1954, con fundamento en lo previsto la Disposición Transitoria 2.ª B).4 y 9 en relación con el artículo 16.3 todos ellos de la LAU 29/94, alegando que, fallecido el arrendatario Sr. Eliseo en fecha 10 de octubre de 2003, la demandada se subrogó mediante comunicación remitida en fecha 4 de febrero de 2004, por lo que dicha subrogación resulta extemporánea al haber transcurrido en exceso el plazo legalmente previsto.

La demandada se opone a dicha pretensión alegando en primer término que no se trata propiamente de un supuesto de subrogación ya que la demandada es cotitular del contrato de arrendamiento; y, para el caso de que tal motivo de

oposición no fuera acogido, alega que en fecha 4 de noviembre de 2003 puso verbalmente en conocimiento del administrador de la finca, con quien se desarrollaba habitualmente la relación contractual, el fallecimiento del Sr. Eliseo y su voluntad de subrogarse en el arrendamiento, comunicación que debe tener eficacia para la subrogación de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que cita.

La sentencia de primera instancia, tras desestimar el primero de los motivos de oposición, desestima la demanda al considerar suficientemente acreditada la notificación verbal, atribuyéndole los efectos del artículo 16 LAU.

Frente a dicha resolución se alzan ambas partes interponiendo sendos recursos de apelación. La parte actora, aquietándose a la interpretación no rigorista del artículo 16 aplicada por el Juez de primera instancia, impugna la sentencia alegando que incurre en error en la valoración de la prueba, al entender que no ha quedado probada tal notificación verbal. A su vez, la parte demandada apela, para el supuesto de que la Audiencia Provincial, estimara el recurso de la contraparte, el pronunciamiento desestimatorio respecto del primer motivo de oposición: la cotitularidad de la demandada en el contrato de arrendamiento.

En consecuencia, el debate en esta segunda instancia queda fijado en los mismos términos que en la primera, disponiéndose para su resolución del mismo material probatorio.

Segundo. Razones de lógica y de sistemática imponen examinar en primer término sobre la procedencia del recurso interpuesto por la parte demandante.

Atendidos los términos en que ha quedado planteado el debate en esta alzada en este particular, el núcleo del debate, indiscutida la extemporaneidad de la comunicación por escrito, reside en determinar si efectivamente D.ª Agustina comunicó verbalmente al administrador de la finca (o a sus empleados) el fallecimiento del arrendatario y su intención de subrogarse en el contrato, lo que constituye esencialmente una cuestión de hecho y, por ende, de prueba; y a este respecto conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico procesal rige para la segunda instancia la plenitud del efecto devolutivo (nomenclatura obsoleta —que ha sido abandonada por la LEC 2000— que deriva de la antigua concepción de que el Juez de primera instancia actuaba por delegación de su Superior jerárquico, con lo que mediante el recurso se «devolvía» la competencia a éste), de tal manera que, en principio (y con las limitaciones derivadas del principio *tantum apellatum quantum devolutum* y de la prohibición de la *reformatio in peius*), la apelación permite al órgano jurisdiccional *ad quem* examinar en toda su integridad del proceso y, por ende, revisar plenamente la resolución recurrida, es decir, la apelación somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio, en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su criterio, por lo que el tribunal de la apelación se encuentra en el momento del fallo en condiciones semejantes al de la primera instancia; a este respecto, el Tribunal Supremo ha declarado (STS 16-3-2003, entre otras) que los Tribunales de alzada tienen competencia no sólo para revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, salvo en aquellos aspectos en los que, por conformidad o allanamiento de las partes, algún punto litigioso ha quedado firme y no es, consiguientemente, recurrido, ya que, en otro caso, al Juzgador de la alzada le es lícito en nuestras leyes procesales valorar el material probatorio de distinto modo que el Tribunal de primer grado, revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden ser concordantes o discrepantes, total o parcialmente, de las mantenidas en la primera instancia, pues su posición frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el inferior en el momento de decidir, dentro de los términos en que el debate se desenvolvió (entre otras, SSTS de 4 de junio de 1993 y 7 de febrero de 1994), y también ha manifestado que, cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende al total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia.

Esta Sección se ha decantado, y así lo ha declarado en anteriores ocasiones, por la prescindibilidad del requisito de comunicación por

«escrito» exigida en el párrafo 3 del artículo 16 LAU, confiriendo virtualidad a la comunicación oral siempre que ésta quede cumplidamente probada, resaltándose que no basta a efectos de que opere la subrogación el simple conocimiento por parte del arrendador —o de su administrador— del fallecimiento del arrendatario y de la concurrencia de los presupuestos legales de carácter material exigidos por la ley, sino que es preciso que quien se considere con derecho a la subrogación manifieste de manera clara y explícita su voluntad de devenir, con tal causa, titular arrendaticio. Y es precisamente en este extremo (cabría deducir, dado el carácter y la directa relación entre los arrendatarios y la administración de fincas y su larga duración, que el personal de la misma que habitualmente se encargaba de la gestión del arrendamiento con aquéllos, conocía tanto el fallecimiento del Sr. Eliseo como que la Sra. Agustina reunía los requisitos materiales legalmente exigidos para la subrogación) que, tras un nuevo y definitivo análisis de cuanto se ha aportado y practicado en autos por parte del tribunal, no puede considerarse suficientemente acreditada la existencia de la alegada comunicación. Efectivamente, si bien la demandada Sra. Agustina en su declaración en el acto del juicio en prueba de interrogatorio de parte afirma contundentemente y explica con detalle la forma en que tuvo lugar dicha comunicación, tal declaración no resulta corroborada ni por las testificales de las Sras. Esmeralda y Carmen, empleadas de la administración de fincas (la primera, con quien la demandada manifiesta haber sostenido la conversación en la que solicitó que los recibos se expidieran a su nombre, la niega reiteradamente y la segunda, de quien la demandada dice estar presente interviniendo en el diálogo, manifiesta no recordarlo), ni por las testificales de su hija, hermana y cuñado, ya que éstos no sólo no estaban presentes en el momento que tuvo lugar la tan repetida conversación (el día 3 o 4 de noviembre), sino que sostienen que la Sra. Agustina solicitó a la Sra. Rocío que los recibos se giraran en lo sucesivo a su nombre no porque ésta se lo admitiera en su visita al despacho de en fecha 4 de febrero de 2004, sino porque al advertírselo así en ese momento los declarantes y la Sra. Agustina, aquélla «no lo negó».

En consecuencia, no probada suficientemente la comunicación verbal alegada y correspondiendo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 LEC, la carga de la prueba de este hecho a la parte demandada, que lo alega, es ésta quien debe pechar con las consecuencias de tal falta de prueba, por lo que procede estimar el recurso interpuesto por la parte actora.

Tercero. La estimación del recurso de la actora obliga a entrar en el examen del recurso interpuesto por la demandada, respecto a la cotitularidad en el arrendamiento objeto de litigio.

Para resolver esta cuestión debe partirse de que nos hallamos ante un arrendamiento de vivienda concertado en el año 1954 y que fue firmado por el difunto esposo de la actora apelante, D. Víctor, en concepto de arrendador, y D. Eliseo, en concepto de arrendatario, si bien entonces se hallaba el inquilino casado con la demandada D.ª Agustina. Esta circunstancia, el año de celebrarse el contrato determina, por aplicación de la Disposición Transitoria Segunda, letra B), de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que la presente cuestión deba dilucidarse, en lo que se refiere a los trámites procedimentales, y de acuerdo con lo prevenido en la nueva Ley en el punto 9 del precepto citado, por el nuevo Texto Legal, mientras que, en el aspecto sustantivo, sigue siendo de aplicación, con algunos matices, lo regulado en el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 40/1964, de 11 de junio, de Arrendamientos Urbanos. Dualidad de normas que deben considerarse a lo largo del proceso.

El argumento sostenido por la demandada es que cuando un arrendamiento de vivienda se pacta constante matrimonio, ello supone que los dos cónyuges son coarrendatarios de dicho inmueble y por dicha razón, cuando se produce el fallecimiento de uno de ellos no puede hablarse de subrogación de quien no firma el contrato en el lugar de su cónyuge, desde el momento en que ambos son arrendatarios y no debe hablarse de cambio de inquilino, pues el supérstite ya era arrendatario anteriormente. Se plantea, pues, a la decisión de esta Sala una cuestión esencialmente jurídica y no otra que la de determinar si en este caso en que el contrato de arrendamiento

fue suscrito exclusivamente por el cónyuge fallecido, bien que constante matrimonio con la demandada para establecer la vivienda familiar, es o no aplicable el régimen de subrogación establecido en el artículo 16 de la LAU.

Como bien dice la sentencia apelada, no es pacifico en el ámbito doctrinal ni judicial la solución a tal problema y ello porque tampoco es uniforme la solución adoptada en el tema de si los arrendamientos urbanos con destino a vivienda concertados constante matrimonio tienen o no una naturaleza ganancial. Así aunque para un sector de la doctrina y la propia jurisprudencia del TS (por todas sentencia del Alto Tribunal de 11 de diciembre de 2001, por citar una de las más recientes) vienen declarando ese carácter ganancial aunque siempre referido al ámbito interno de las relaciones entre los cónyuges, otro sector doctrinal estima no pueden reputarse gananciales los arrendamientos sometidos a la legislación especial, desde el momento en que en esta última tanto en el régimen del texto refundido del año 1964 (artículos 24 y 58) como en la actualidad artículo 12.15 y 16 de la LAU del 94, la participación del cónyuge que no suscribió el contrato en la titularidad del arrendamiento se hace siempre por el mecanismo de la cesión *inter vivos* o *mortis causa*, esto es, deriva de la convivencia y no de la ganancialidad. La polémica doctrinal y judicial aún se complica más si cabe cuando por los partidarios de la primera tesis se aborda el problema de determinar si esa naturaleza ganancial que afirman, impide la aplicación de la normativa de la legislación especial sobre subrogaciones, pues mientras unos siguen el criterio de estimar que tal carácter ganancial es incompatible con la citada normativa, lo que les lleva a afirmar que al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, el sobreviviente no tiene el carácter de subrogado, por el contrario otro sector, partiendo del hecho de que el precedente criterio lleva al absurdo de dejar sin contenido la normativa sobre subrogaciones contenida en la LAU, en cuanto sólo se aplicaría a los matrimonios no sujetos al régimen de gananciales, salva esa dicotomía entre ganancialidad y régimen de subrogación legal reputando que este último, contenido en la actualidad en los artículos 12, 15 y 16 de la vigente LAU, al igual que el precedente de la LAU del año 64, es independiente de la relación de comunidad interna del bien arrendado entre los cónyuges, en cuanto sólo atiende al titular del derecho que resulta de la celebración del contrato.

Ello ha llevado a estimar que la legislación especial arrendaticia no ha querido entrar en tal debate doctrinal y judicial, en cuanto prescinde del mismo y se limita a regular la problemática que se había suscitado al respecto en los supuestos de crisis matrimoniales (artículos 12 y 15 de la LAU del 94) para en el artículo 16, abordar el supuesto de muerte del arrendatario. Prescinde así tal regulación legal en las soluciones que aporta del debate de si el cónyuge no firmante del contrato es o no titular del mismo, —sin duda porque en ello no puede influir la existencia de un determinado régimen económico matrimonial al que es ajena por completo la propiedad de la vivienda que la arrienda— para atender exclusivamente a la titularidad externa resultante de la celebración del contrato, de ahí que en el seno de tal regulación la posibilidad de acceder a la titularidad arrendaticia la tiene el cónyuge supérstite, no en su condición de miembro de la sociedad de gananciales, sino en cuanto cónyuge y conviviente del titular originario del arrendamiento que ejercita el derecho de subrogación reconocido en la misma.

La norma del artículo 16 constituye una excepción a la regla general de la extinción del arrendamiento por muerte del arrendatario. Excepción que está supeditada en el mismo al cumplimiento de una serie de requisitos, entre otros y por lo que aquí interesa, al de la notificación al arrendador de la subrogación en plazo hábil que igualmente alcanza al cónyuge viudo. Si ello es así y se trata el arrendamiento litigioso de un contrato de vivienda concertado con anterioridad al 9 de mayo de 1985, al que, por ello es aplicable la regulación de la subrogación *mortis causa* establecida en la Disposición Transitoria segunda.9, de la vigente LAU, que remite al artículo 16 de la misma en cuanto al procedimiento y orden de prelación, es evidente que con tal remisión al procedimiento se hace referencia, entre otros extremos, al plazo para poner en conocimiento del arrendador el hecho del fallecimiento y el propósito de subrogarse. El arrendamiento es en sí una relación obligacional o crediticia y por ello afecta en principio —con las salvedades

que luego se harán— sólo a quien aparece como titular del mismo, de acuerdo con la doctrina del párrafo primero del artículo 1385, en relación con el más general artículo 1257, ambos del Código Civil. Por otra parte, es claro que vincular la situación arrendaticia con la sociedad de gananciales supondría hacer de peor condición a los matrimonios que viven bajo otro régimen conyugal y ello sin razón legal alguna. En todo caso, parece evidente que el fundamento de derecho positivo de tal tesis, que son los artículos 96 y 1320 del Código Civil, no se inscriben dentro de la regulación de la sociedad legal de gananciales, sino al margen de la misma, con lo que el legislador parece, incluso desde el punto de vista sistemático, haber tratado por todos los medios de separar derechos sobre la vivienda habitual y régimen de gananciales en el ámbito que nos afecta, aunque su esfuerzo quizá no se haya visto recompensado totalmente con el éxito.

Los derechos que a un cónyuge le puedan corresponder en relación con una vivienda familiar de la que no es titular no proceden, pues, de su régimen económico matrimonial, sino del hecho del matrimonio. Éste desencadena una serie de consecuencias en relación con esa vivienda que se traducen, por ejemplo en la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario que estableció el Tribunal Constitucional en la STC 135/1986, y que fue matizada con mucho menos eco en la STC 289/1993, de 4 de octubre, o en la prohibición de disponer unilateralmente de dicha vivienda el cónyuge titular, pero ello no quiere decir que necesariamente cuando hay un matrimonio ambos esposos sean cotitulares, en igual medida y con los mismos derechos sobre el inmueble. Del mismo modo, si uno de los esposos no concierta el arrendamiento, ello no se traduce en que el otro cónyuge sea sin más coarrendatario; tendrá derechos en relación con ese inmueble —y entre ellos el que le establece la ley de subrogarse—, pero no será contratante en el arrendamiento. Pese a lo que pudiera parecer en una primera lectura, lo dicho no es contrario a lo mantenido en la STC 159/1989, de 6 de octubre, la cual no entra a considerar los efectos de la sociedad de gananciales en cuanto a la titularidad arrendaticia; lo que hace el Tribunal de Amparo, precisamente en su fundamento jurídico séptimo, es dejar sin efecto las sentencias recurridas, pero por ser incoherentes con su propio razonamiento, desde el momento en que dichas resoluciones judiciales parten de que marido y mujer eran cotitulares de un arrendamiento y, sin embargo, establecen que hay cesión o subrogación a un tercero ajeno al arrendamiento cuando ese tercero ya era arrendatario.

Por otra parte, el Tribunal de Amparo no ha puesto ninguna objeción a la resolución judicial que declaró haber lugar a la resolución arrendaticia en un supuesto que guarda una cierta relación con la hoy examinada, sobre todo, por la tesis de la demandada, por el juego de los artículos 8, 12 y 16 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Así, la STC 126/1989, de 12 de julio, admite la resolución acordada por causa de que, en un supuesto de juicio matrimonial, en que no se adjudicó el bien arrendado al arrendatario, sino a su cónyuge, éste incumplió su obligación de notificar establecida en el artículo 24 de la Ley de 1964, lo que hubiera sido innecesario, como hubiera sido innecesario el artículo 15 de la Ley de 1994 si el cónyuge no contratante hubiera sido arrendatario. Del mismo modo, sería incoherente pensar lo contrario si se tienen en cuenta las continuas sentencias del Tribunal Constitucional que han defendido el derecho de quien convive maritalmente con el arrendatario para subrogarse en las mismas condiciones que el cónyuge, pues carecería de sentido considerar tal subrogación en quien ya era arrendatario en la hipótesis que no se comparte.

Sólo en un supuesto este criterio puede ser puesto en duda y es al que parece referirse la STC 159/1989, de 6 de octubre; son los casos de arrendamiento concertado por el marido cuando, de acuerdo con una determinada concepción sociológica y jurídica de la familia, el esposo era el representante de la esposa, quien no podía obligarse sin su consentimiento —piénsese en la primitiva redacción del Código Civil, que en su artículo 58 obligaba a la mujer a seguir a su marido donde quiera que fijara su residencia, permitiéndose únicamente a los Tribunales eximirla con justa causa cuando el marido trasladare su residencia a ultramar o a país extranjero, y que en sus artículos 60 y 61 otorgaban al marido la representación de la mujer y negaban a ésta la facultad de obligarse, sino en los casos y con las

limitaciones establecidas en la ley, siendo nulos, según el artículo 62, los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos—. En estos casos, en los que puede pensarse en un contrato concertado por el marido por sí y como representante de su esposa, con lo que ésta devendría, de derecho, en arrendataria, se halla el de autos, pues el contrato se concertó antes de la vigencia de los artículos 62 y 63 del Código Civil redactados por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que confirió la «mayoría de edad legal» a la mujer, dejando de existir la representación legal del marido respecto de la misma.

En definitiva, y atendido lo anterior, se hace preciso concluir que, aunque la titularidad formal del contrato de arrendamiento corresponde al marido, por la fecha de la celebración del contrato, y siendo el matrimonio anterior al arrendamiento, la relación arrendaticia se entiende constituida en favor de ambos cónyuges y para el matrimonio, de modo que ambos consortes son titulares —cotitulares— del contrato de arrendamiento, titularidad que se mantiene al fallecimiento de uno de ellos.

Y no es incompatible lo anterior con el régimen de la subrogación prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto las normas sobre subrogación entre cónyuges siguen siendo aplicables a la subrogación del cónyuge en el derecho del inquilino titular del contrato cuando el matrimonio es posterior al contrato de arrendamiento, cuando el contrato de arrendamiento es posterior a la entrada en vigor de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, siempre que no pueda entenderse producida la existencia de una cotitularidad efectiva, no obstante, su discrepancia con la titularidad formal por la interpretación de la intención de las partes acerca del elemento subjetivo del contrato.

En consecuencia, y establecida la condición de cotitular del arrendamiento de la demandada Sra. Agustina (afirmación para la que no es óbice la carta remitida por la misma al administrador en fecha 4 de febrero de 2004, a la que no puede atribuirse el carácter de «acto propio», ya que, según resulta de lo actuado, la demandada se limitó a actuar siguiendo las instrucciones que le dio el administrador de fincas de la arrendadora), procede estimando el recurso interpuesto, revocar la sentencia objeto de recurso respecto a dicho pronunciamiento.

La anterior conclusión, puesta en relación con el pronunciamiento contenido en el fundamento procedente, comporta que deba confirmarse la sentencia de instancia, si bien por distintos fundamentos.

3. Base jurídica del recurso de casación

En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.ª Macarena, sucedida por su hijo, D. León, tras el fallecimiento de ésta, se plantea un único motivo: «Cuando un arrendamiento de vivienda se pacta constante matrimonio, firmando el contrato sólo el marido, ello supone que los dos cónyuges son coarrendatarios de dicho inmueble y por dicha razón, cuando se produce el fallecimiento del esposo no puede hablarse de subrogación de la esposa que no firmó el contrato, desde el momento en que ambos son arrendatarios y no debe hablarse de cambio de inquilino, pues el supérstite ya era arrendatario anteriormente, y, en consecuencia, no es necesario cumplir con los requisitos de subrogación establecidos en el artículo 16 de la actual LAU».

Se expone, en síntesis: 1. La sentencia recurrida considera la existencia de una cotitularidad arrendaticia y en consecuencia entiende que no es necesario cumplir con los requisitos de la subrogación establecidos en el artículo 16 LAU. Al concertarse el contrato antes de la vigencia de los artículos 62 y 63 CC redactados por la Ley 14/1975, de 2 de mayo y siendo el matrimonio anterior al arrendamiento, la relación arrendaticia se entiende constituida a favor de ambos cónyuges y para el matrimonio. 2. La Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, ya mantuvo este mismo criterio en la Sentencia de 8 de junio de 2004. Asimismo, la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 14 de abril de 1999. 3. A la anterior tesis, se opone la mantenida por las Sentencias de la Audiencia Provincial de de Barcelona, Sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2002 y de 5 de diciembre de 2002. Estas sentencias entienden que el arrendamiento está considerado como un derecho personal, de modo que concertado el contrato por uno solo de los cónyuges, no implica la co-

titularidad del otro y, por tanto, debe cumplirse con las normas establecidas para la subrogación *mortis causa* en el artículo 16 LAU.

4. Razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo para estimar la demanda de desahucio

A) Delimitación de la cuestión objeto de debate

La cuestión que ha accedido a casación es determinar si, en los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la LAU 1964, cuando el marido figure como único arrendatario pese a haberse celebrado constante el matrimonio en régimen económico de gananciales y siempre que la vivienda sea destinada a vivienda familiar, al fallecimiento del marido, la esposa continúa en el arrendamiento por considerársela también parte arrendataria o, por el contrario, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 LAU en relación con la DT 2.ª, es preciso que, para que continúe en el contrato, la esposa comunique en el plazo de tres meses después del fallecimiento, su intención de subrogarse en la posición del fallecido.

B) Antecedentes jurisprudenciales

Tal y como se pone de manifiesto en el escrito de interposición, la jurisprudencia fue fluctuante en este sentido. Las Audiencias Provinciales mantenían dos posturas enfrentadas:

a) Audiencias que consideraban que debía reputarse que la esposa no firmante en realidad era arrendataria. En este caso, al fallecer el marido, no se producía ninguna modificación en la relación locativa. La esposa permanecía en el arrendamiento en los mismos términos pactados.

b) Audiencias que consideraban necesaria la comunicación del fallecimiento del esposo arrendatario al arrendador, así como la intención de permanecer en el arrendamiento por subrogación del fallecido, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 LAU.

C) Doctrina Jurisprudencial

a) La contradicción jurisprudencial de las Audiencias Provinciales es actualmente inexistente. La Sala Primera del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en relación con la controversia planteada en la STS de 3 de abril de 2009 (RC núm. 1200/2004) —reiterada en sentencias posteriores sobre la misma materia—, al sentar como doctrina jurisprudencial que «el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento».

b) Para llegar a esta conclusión se razonaba que:

i) El contrato de arrendamiento se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos.

ii) Puede producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, en aplicación de la normativa específica que regula el contrato de arrendamiento. Para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.ª LAU, B.

iii) La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes del matrimonio. Las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.

D) Estimación del recurso de casación

En vista de lo anterior, y haciendo de nuevo nuestros los argumentos expuestos en la STS de 3 de abril de 2009 (RC núm. 1200/2004), procede estimar el recurso interpuesto, casar la resolución impugnada y resolver sobre el caso declarando lo que corresponda según los términos en que se ha producido la oposición a la doctrina jurisprudencial, reiterando como doctrina jurisprudencial

cial que «el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento».

Debiendo decidir en cuanto al fondo, a tenor de lo establecido en el artículo 487.3 LEC, por lo que, al no haberse atacado los hechos declarados probados por la Sentencia de Apelación a través del correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal, dichos hechos permanecen inalterables en casación. Se entiende, por tanto, que la parte arrendataria no comunicó oportunamente a la arrendadora el fallecimiento de su esposo y su intención de subrogarse en el contrato. Consta únicamente probada la comunicación mediante burofax de tales circunstancias en un momento que excedía del plazo de tres meses exigido en el artículo 16 LAU, por lo que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. León —sucesor de D.ª Macarena— contra la sentencia dictada con fecha 18 de enero de 2005, en el procedimiento de juicio ordinario núm. 319/2004 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santa Coloma de Gramenet. Revocamos esta sentencia y estimamos la demanda sin imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

Se decreta el desahucio por precario dado que no es oponible la atribución judicial del uso en un procedimiento de familia al adquirente de la vivienda en un procedimiento de enajenación forzosa, circunstancia que no se ve alterada por la relación de parentesco existente entre la parte demandada y el adquirente (suegro), de quien trae causa la ahora actora (suegra), ni por el hecho de que tuviera conocimiento de que la sentencia de separación atribuyera a la demandada el uso de la que había sido vivienda familiar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

En un procedimiento de familia se atribuyó a la esposa e hijo el uso de la vivienda familiar.

Por impago de deudas se siguió un procedimiento de ejecución que finalizó en subasta habiéndose adjudicado en ésta el inmueble el padre del esposo.

D.ª Justa interpuso demanda de juicio de desahucio por precario contra la que fue su nuera D.ª Ariadna y su nieto don Máximo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santiago de Compostela dictó Sentencia el 30 de enero de 2006 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 24 de octubre de 2006 estimando el recurso interpuesto por la actora y declarando haber lugar al desahucio por precario de los demandados del inmueble condenándolos a que lo desalojen en el plazo que se les fije en el eventual proceso de ejecución de esta resolución.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento jurídico de la sentencia del Juzgado para desestimar la demanda de desahucio por precario

Primero. La parte actora basa su reclamación en que los demandados poseen la finca litigiosa en virtud de precario, y por lo tanto, sin título alguno. En este sentido hay que recordar el concepto de precario, que ha sido perfilado por una consolidada jurisprudencia como situación de hecho, situación posesoria no formalizada, cuyos caracteres son: 1. uso o disfrute de una cosa ajena, 2. sin título aceptable de tenencia, 3. sin que medie renta o merced ni otra cualquiera relación jurídica distinta de la liberalidad del propietario, de cuya voluntad depende poner término a su propia tolerancia. Hay tres casos de precario: posesión concedida (por el propietario para que otro la use y se la devuelva cuando la reclama), posesión tolerada (tolerancia de una situación de hecho sin título alguno que la ampare) y posesión ilegítima (cuando sobreviene cambio de la causa por cesar la vigencia de un contrato antes existente). Para que prospere la acción ejercitada es presupuesto necesario que la situación posesoria, de los demandados sea la de precario.

Con carácter previo es necesario exponer las circunstancias relativas por una parte a la condición de propietaria de la actora, y por otra a la condición de ocupantes de la citada finca de los demandados. Partiendo de que la demandante y su difunto esposo son abuelos paternos del codemandado Máximo, nacido del matrimonio que formaba la codemandada Sra. Ariadna y don León.

En el caso de autos, y del examen de la documentación aportada con la demanda, resulta que la ahora demandante adquirió la finca litigiosa en virtud de liquidación de sociedad de gananciales, partición y aceptación de la herencia de su difunto esposo D. José María. D. José María, a su vez, había adquirido la finca litigiosa en subasta judicial celebrada el 29 de noviembre de 2002, en procedimiento en el que era el ejecutante, al ofrecer la mejor postura y en el que se dictó el auto aprobando el remate a favor del ejecutante el día 21 de enero de 2003. La ejecución derivaba de procedimiento de menor cuantía seguido a instancia del Sr. José María contra D.ª Ariadna y Don León, en el que se dictó sentencia (el 2 de octubre de 2000 en primera instancia confirmada íntegramente en apelación por sentencia de 18 de septiembre de 2001) de condena al pago de cantidad líquida. En el procedimiento de ejecución en el que se subastó la citada finca, el Sr. José María solicitó que se procediera al lanzamiento de la Sra. Ariadna y del hijo de ésta. El juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de esta ciudad dictó en fecha 2 de febrero de 2004 auto desestimando la petición de lanzamiento solicitada.

En cuanto a la condición de ocupantes de los demandados, hay que decir que —también como resulta de la documentación aportada por la demandante— el 23 de diciembre de 1999 se dictó sentencia en la que se acuerda la separación de los cónyuges Ariadna y León, y entre otras medidas se determina que la esposa y el hijo continuarán en el uso de la vivienda familiar. Atribución que por otra parte no hizo sino confirmar la ya efectuada por Auto de medidas provisionales.

Por lo tanto, debe concluirse que no estamos ante un supuesto de precario. Ni la demandante ni la persona de la que trae causa su propiedad cedieron el uso de la finca litigiosa a los demandados. Al contrario, resulta que la referida finca pertenecía a la codemandada Sra. Ariadna y a su esposo e hijo de la actora. Que al haber sido demandados por reclamación de cantidad y condenados por ello, al no cumplir voluntariamente la sentencia, ésta se ejecutó forzosamente, y se subastó el referido bien para con su importe pagar dicha condena de cantidad líquida. Que en la subasta la finca la adquirió el Sr. José María. Que no puede entenderse que sea un tercero de buena fe, porque si bien es cierto que de la documentación aportada resulta que la finca, según constaba en el Registro de la Propiedad, estaba libre de cargas y gravámenes, también lo es que la relación de parentesco que unía al ejecutante y a la ahora demandante con los demandados permite suponer que conocía sobradamente que la referida vivienda era ocupada por éstos en virtud de atribución de su uso en la separación conyu-

gal, máxime teniendo en cuenta que de acuerdo con la escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y aportación de herencia, aportada con la demanda se refleja como domicilio de León el mismo que el de la demandante.

La doctrina y jurisprudencia califican mayoritariamente como de precario aquella situación en la que se atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda conyugal en el supuesto de crisis matrimonial cuando la propiedad de la vivienda corresponde a la familia del otro cónyuge, y éstos venían disfrutando de la vivienda a título gratuito, si bien algunos autores califican esta situación jurídica como de comodato. Es precario porque supone una cesión graciosa no sometida a plazo ni condicionamiento, más propia de una cesión de esta naturaleza en la que lo determinante de la misma es fundamentalmente el vínculo familiar existente. Sin embargo, ésta no es la situación del caso de autos, en la que la demandada era propietaria junto con su esposo de la referida finca, cuyo uso se le atribuyó a ella y a su hijo el codemandado Sr. Máximo en el procedimiento de separación conyugal. Por lo tanto, en ningún caso le fue cedido de forma gratuita el uso, y menos aún por la demandante o por el causante de ésta. Además cuando el Sr. José María adquirió la finca sabía sobradamente que la ocupaban los demandados, y aún así la adquirió. Siendo además que la referida circunstancia la tendría en cuenta a la hora de valorar si la adquiría o no, y por qué precio.

Segundo. En todo caso, lo antes expuesto se recoge en una abundante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un *ius ad rem*.

La STS, Sala 1.ª, de fecha 18 de octubre de 1994 señala que «la situación de ocupación de la vivienda por la recurrente y sus hijos se mantenía como hecho externo y conocido por los demás herederos y la usufructuaria, que vivía en el inmueble, como alguno de los otros sucesores testamentarios. La atribución de uso y disfrute que en el Convenio Regulador llevó a cabo D. Juan, como esposo y padre, lo fue actuando como condómino del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permaneció en estado de indivisión. De esta manera, realizó dicho esposo como cotitular dominical, un acto atributivo de la posesión de la cosa común, encajable en las facultades de administración y no dispositivo de su dominio a favor de persona ajena a la comunidad propietaria, lo que venía avalado por el disfrute del piso en época anterior por la concesión y consentimiento del causante y padre D. Antonio, como propietario del mismo y posteriormente, por sus herederos, que conocieron en todo momento la situación y respetaron, de esta manera, el destino dado a la vivienda controvertida (artículo 394 CC), inherente a su propia naturaleza de servir de vivienda familiar. El discurso casacional lleva a la conclusión de que la recurrente no carece de título posesorio, ya que el mismo deriva para ella directamente y sus hijos del Convenio Regulador y, por tanto, no disfruta de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino, sino, al contrario, ya que el Convenio obtuvo homologación judicial, con innegable eficacia y transcendencia jurídica y que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar, surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de subrepticia, furtiva o de absoluta liberalidad y tolerancia la situación ocupacional de la vivienda por la recurrente era hecho relevante y notorio y dicha aceptación ha de ser relacionada con tal estado preexistencial conocido. El motivo procede, pues el Tribunal de Apelación marginó el Convenio Regulador... El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al artículo 1280 CC y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (artículo 1227 CC), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior. No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, pfo. último CC. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario,

pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los tres hijos del matrimonio, conforme al artículo 96 CC y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el artículo 39.1 y 2 de nuestra Carta Magna. La calificación e interpretación decisoria de la Sala sentenciadora queda desvirtuada en cuanto no admitió el uso y destino de la vivienda a los fines familiares que se dejan sentados y por razón del derecho de ocupación concurrente. La Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1992, así como la de 14 de julio de 1994, contemplan estos estados, si bien la primera como relación de comodato, no dando lugar al desalojo postulado, concurriendo también indicios sospechosos de que al producirse la reivindicación, como en el supuesto presente, muy posteriormente a la separación judicial de los esposos, cuando la vivienda seguía cumpliendo la misma finalidad que ostentó desde el principio de su disfrute, es decir el de servir de hogar familiar, cabe posible conspiración con clara conculcación del imperativo mandato del artículo 7.1 CC y ha de incidir para evitar situaciones abusivas de los derechos, por lo que la acción no puede prosperar, lo que aporta un razonamiento más a los que se dejan expuestos».

Por lo que aplicando la referida doctrina al caso de autos procede la desestimación íntegra de la pretensión del actor.

2. Razonamientos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Provincial para estimar la demanda de desahucio por precario

Primero. Tal y como se expresó en la sentencia recaída en el rollo 495/2004 de esta Sección, la atribución en la nueva LEC de efectos de cosa juzgada a la sentencia dictada en el procedimiento de desahucio por precario determina que su ámbito propio sea dilucidar si el ocupante demandado es o no precarista, si cuenta o no con un derecho que justifique su tenencia de la cosa perteneciente al demandante, sin que proceda hacer en cambio declaraciones definitivas sobre la existencia del derecho —obligacional o real— que sirve de base a su posesión. Por tanto, siendo evidente que la clara voluntad legislativa excluye que la tradicional invocación de complejidad de la situación litigiosa determine la inocuidad del juicio, también ha de actuarse con la cautela que exige la tensión entre el cauce simplificado que la norma prevé y el cauce más amplio que normalmente corresponde a la verdadera declaración de derechos sobre la cosa objeto del proceso, por lo que debe primar una perspectiva que excluya del éxito de la acción aquellas situaciones en las que el derecho o título invocado presente visos serios de verosimilitud y aptitud para oponerse al derecho del demandante.

Igualmente con carácter previo ha de señalarse que pese a la aparente dicción del artículo 250.1.2.º LEC («cedida en precario») no cabe deducir que se haya querido restringir el ámbito del juicio de recuperación posesoria a los supuestos estrictos de posesión sin título, sino que ha de abarcar el supuesto jurídicamente equivalente de posesión en virtud de título que haya perdido su validez, que sigue siendo invocado por la aplicación judicial de la nueva LEC (AP Madrid, sec. 14.ª, 3 de noviembre de 2005; AP Barcelona, sec. 1.ª, 10 de octubre de 2005; AP Pontevedra, sec. 1ª, 6 de mayo de 2005; AP A Coruña, sec. 5.ª, 17 de enero de 2003; AP A Coruña, sec. 6.ª, 28 de junio de 2002).

Segundo. En el caso presente los hechos, sucintamente expuestos y no discutibles dada su acreditación documental y la admisión de las partes, consisten en que perteneciendo un inmueble —las diferenciaciones a las que la parte actora hizo alusión entre edificación y finca no se reprodujeron en esta alzada y devienen en todo caso intrascendentes— a la demandada y su esposo, hijo de la demandante, se atribuyó el uso de la vivienda familiar en aquél sita a la demandada y al codemandado, hijo común del matrimonio; seguido juicio declarativo a instancias del esposo de la demandante, en beneficio de la sociedad ganancial, frente a su hijo y su nuera hoy demandada, recayó sentencia definitiva que condenaba a los demandados al pago de cantidades y comoquiera que no se abonó la deuda, se embargó y finalmente ejecutó forzosamente el inmueble, que fue adjudicado al ejecutante, quien pidió de inmediato la expulsión de la vivienda de los

codemandados, que no fue acordada por el Juzgado en el trámite sumarísimo del artículo 675 LEC; tras el fallecimiento del esposo de la demandante, en liquidación ganancial y partición de herencia se atribuyó —con intervención de la demandada en representación del nieto del causante— el inmueble litigioso a la demandante, quien ha promovido la demanda después de que su nieto alcanzase la mayoría de edad.

Con tales datos, el título que invocan los demandados y que pueda justificar su ocupación de la vivienda de la demandante es la atribución del uso en el juicio de separación y cuando el bien pertenecía al matrimonio, sin que estemos, por tanto, ante un supuesto de cesión de uso por la propiedad —lo que aleja el supuesto de litis del que se resolvía en la STS 18 de octubre de 2004 invocada extensamente en la sentencia recurrida, en el que los demandantes habían tolerado, como condueños, el uso que llevaba a cabo uno de los integrantes de la comunidad hereditaria como domicilio familiar y que dio lugar a la atribución del mismo a la esposa e hijos del copropietario, al margen de que la doctrina de tal sentencia deba estimarse superada o al menos muy matizada por la clarificadora STS 26 de diciembre de 2005— puesto que lo primero que hizo el adquirente del bien fue intentar expulsar judicialmente a los ocupantes.

Se trata, pues, de analizar si tal título es oponible a la adquirente del bien —como miembro de la comunidad ganancial a quien se adjudicó y actual titular exclusiva del mismo— en un procedimiento de enajenación forzosa y la respuesta ha de ser negativa, ya que el derecho de uso atribuido a los demandados no puede considerarse un derecho real en sentido estricto, oponible a cualquier titular de la cosa y desvinculado de los fines y motivos que determinaron su establecimiento, como es la determinación, dentro del marco de la economía familiar examinada en el proceso matrimonial, de cuál era el interés más necesitado de protección para atribuirle así el ejercicio exclusivo de una de las facultades integrantes del derecho dominical de los esposos sobre el bien. Se concentró el derecho a usar el bien en algunos de los integrantes del grupo familiar y se excluyó a otro, pero ello no implicaba la constitución de derechos oponibles a terceros cuando éstos, como es el caso, haciendo uso de sus legítimos derechos —la obtención del título ejecutivo tras proceso declarativo con oposición de la demandada en el que en ambas instancias se reconoció el derecho de crédito de los demandantes frente a los esposos titulares del bien aleja toda perspectiva de fraude—, afectaron el bien a la satisfacción de su crédito y a la postre se adjudicaron lícitamente el inmueble.

No se ignora, por supuesto, la reiterada jurisprudencia (SSTS 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994, 16 de diciembre de 1995, 26 de abril de 2002) que establece que «si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio» —aquí, separación—, pero esta línea interpretativa —fácil es advertirlo— tiene como eje determinante de su contenido el cohonestar la facultad dominical de pedir la enajenación de la vivienda común con el deber de tolerar y no extinguir el uso de la misma por el otro cotitular establecido en la sentencia matrimonial, de modo que sí cabía la extinción forzosa del condominio pero con el deber de que con su resultado no se alterase tal uso. Si durante el matrimonio la enajenación de la vivienda que sirviera de domicilio familiar no podía imponerse al otro cónyuge por uno de los esposos, incluso cuando fuera dueño exclusivo de la misma —caso de la STS 11 de diciembre de 1992—, en protección del interés familiar, resultaba ilógico y propiciador del fraude de ley que una vez determinado judicialmente cuál era el interés a quien correspondía el uso de tal domicilio, el ejercicio de derechos por el otro cónyuge —derivados de la ruptura patrimonial inherente a la crisis matrimonial— pudieran dejar sin protección tal interés y contravenir lo establecido en el proceso desencadenado por esa misma crisis, en especial cuando existieran hijos menores.

Sin embargo, el caso presente es radicalmente distinto, puesto que aunque la demandante y su difunto esposo sabían, sin duda, dada su relación de parentesco con el matrimonio, que el uso de la vivienda se había atribuido a los de-

mandados cuando adquirieron la casa, la adquisición del bien se produce en ejercicio legítimo de su derecho y de forma forzosa e impuesta a los titulares dominicales del bien, por lo que no estamos —como en todos los referidos casos de jurisprudencia tuitiva de los ocupantes— ante una adquisición nacida del ejercicio voluntario de derechos por parte de los miembros del matrimonio, sino ante la pérdida forzosa del derecho dominical que necesariamente ha de llevar aparejada la inoponibilidad al adquirente del régimen de uso interno que pudiera haberse establecido en el litigio previo seguido entre los cónyuges. Como señala la aludida STS 26-12-2005 «la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual», por lo que si se pierde de forma forzosa la titularidad dominical que justificaba la posesión del inmueble, no pueden invocarse tal clase de derechos frente a quienes son terceros respecto de la relación jurídica en la que se llevó a cabo la atribución posesoria que se invoca.

Por último, y ya desde una mera perspectiva de justicia material que, aunque exceda del ámbito del precario, conviene resaltar, la mayoría de edad del hijo común codemandado hace que desaparezca la concurrencia de un interés precisado de tutela preferente que pudiera servir de base a la persistencia de la ocupación de un inmueble perteneciente a terceros, sin perjuicio en todo caso de las acciones que en el ámbito de derecho de familia o alimentos pudiera dar lugar esta desposesión de los demandados del domicilio fijado en la sentencia de separación.

3. Motivos del recurso de casación

El motivo en que se funda el presente recurso de casación es el de la vulneración por la Sentencia recurrida de la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 (Recurso 1643/1995, Ponente Ilmo. Sr. Corbal Fernández) la de 26 de abril de 2002 (Recurso 3231/1996, Ponente Ilmo. Sr. González Poveda) y 18 de octubre de 1994 (Ponente Ilmo. Sr. Villagómez Rodil).

Formula, en esencia, las siguientes alegaciones:

1. La Sentencia recurrida aplica indebidamente la doctrina del Tribunal Supremo en lo referido a la oponibilidad a terceros de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, conforme se recoge en las sentencias invocadas.

2. La interpretación de la Sentencia recurrida permite que, por voluntad de uno de los cónyuges, pueda dejarse sin efecto una atribución judicial del uso de la vivienda.

3. En el caso objeto del litigio es una demanda interpuesta por el padre del esposo, a la que éste no se opone, la que motiva la pérdida del derecho dominical.

4. La jurisprudencia en que se apoya la sentencia recurrida, parte de un supuesto de hecho diferente, en tanto la cesión en precario se produce con anterioridad a la atribución judicial del uso de la vivienda.

4. Razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación

Se funda el presente recurso de casación, es el de la vulneración por la Sentencia recurrida de la doctrina contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 (Recurso 1643/1995, Ponente Ilmo. Sr. Corbal Fernández) la de 26 de abril de 2002 (Recurso 3231/1996, Ponente Ilmo. Sr. González Poveda) y 18 de octubre de 1994 (Ponente Ilmo. Sr. Villagómez Rodil).

Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida aplica indebidamente la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la imposibilidad de oponer a terceros de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, conforme se recoge en las sentencias invocadas. Argumenta que una interpretación contraria, como la que realiza la Audiencia Provincial permite que, por voluntad de uno de los cónyuges, pueda dejarse sin efecto una atribución judicial del uso de la vivienda. La parte recurrente que resulta trascendente para la resolución del litigio que fue una demanda interpuesta por el padre del esposo, a la que éste no se opuso, la que motivó la pérdida del derecho dominical de la actora y de quien fue su cónyuge.

Finalmente señala que la jurisprudencia en que se apoya la sentencia recurrida, parte de un supuesto de hecho diferente, en tanto la cesión en precario se produce con anterioridad a la atribución judicial del uso de la vivienda.

El motivo debe ser desestimado.

La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, citada por la sentencia recurrida y a partir de ellas muchas otras (SSTS 30 de junio de 2009, 22 de octubre de 2009, o 14 de julio de 2010, entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

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

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

c) Como también ha señalado la sentencia de Pleno de esta Sala de 14 de enero de 2010, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

No obstante diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia del propietario. En este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.

d) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda exclusivamente su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia que declaró la separación entre ella y su esposo, hijo de la actora, le atribuyó el uso de la vivienda, cuando aún ambos, eran propietarios de la misma. Lo cierto es que la pérdida del derecho de propiedad tanto de la demandada como de quien fue su esposo, tiene su origen en un procedimiento de ejecución consecuencia de la falta de cumplimiento de una obligación de pago de ambos cónyuges. Tal y como ya valoró la sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 2010 en supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a corro-

borar que la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente.

En consecuencia, adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquélla ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario.

e) La sentencia recurrida, se ajusta por completo a la doctrina de esta Sala al configurar el uso de la demandada como una situación de precario y negar que la sentencia de separación que atribuyó el uso de la vivienda a la demandada pueda ser considerada un derecho real oponible al legítimo titular del inmueble.

FILIACIÓN

La impugnación de la filiación paterna obtenida por reconocimiento puede ejercitarse tanto por vía del artículo 141 del CC (vicio en el consentimiento) como del artículo 140 del CC (no corresponder con la verdad biológica) siendo de aplicación en este último caso el plazo de caducidad de cuatro años.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

El 4 de septiembre de 1998, D. Juan Miguel había reconocido al hijo de la Sra. Celsa, que en aquel momento contaba con 9 años de edad, puesto que había nacido el 15 de julio de 1991. Dos años más tarde, D. Juan Miguel contrajo matrimonio con la madre D.ª Celsa.

El 22 de marzo de 2005, D.ª Celsa presentó demanda de separación, dictándose medidas provisionales.

D. Juan Miguel interpuso demandada contra D.ª Celsa, y su hijo menor D. Balbino, y el Ministerio Fiscal, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que no es padre del menor Balbino, declarando la nulidad del reconocimiento efectuado, suprimiendo con ello el apellido del demandante en la inscripción registral del nacimiento citada en el hecho segundo de esta demanda, así como cancelando los asientos que sean precisos y demás efectos legales inherentes, condenando a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y hacer lo preciso para su efectividad, todo ello con imposición de costas a los demandados, si a ello se opusieran.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D.ª Celsa, y de D. Balbino los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... y por presentada en tiempo y forma la contestación a la demanda, sigan los trámites que procedan y, A) Estimando las excepciones expuestas y que se tienen aquí por reproducidas, se declare sobreseído el procedimiento por

obstar las mismas a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, con imposición de costas a la parte actora. B) Subsidiariamente, por formulada nuestra oposición a la referenciada acumulación de acciones efectuadas por la actora, la acoja en los propios términos antes explicitados en el cuerpo de este escrito y, en su caso, con base en el artículo 73.4 de la LEC, se acuerde por el Juzgado el requerimiento al actor para que proceda a la subsanación de tal defecto por el plazo de cinco días, acordando concederle el plazo de cinco días, transcurrido el cual sin verificarlo o en otro caso, se acuerde el archivo de la demanda sin más trámites con imposición de costas al actor. C) Subsidiariamente, se dicte sentencia, en la que se desestime en su totalidad las pretensiones de la parte actora, se nos absuelva de los pedimentos formulados de adverso en la repetida demanda y se impongan expresamente las costas a la parte actora».

El Ministerio Fiscal presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... por contestada la demanda indicada, mande dar a los autos el curso legal correspondiente hasta dictar la sentencia que fuere pertinente en atención a los hechos que resultaren probados».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ferrol, dictó Sentencia, con fecha 7 de noviembre de 2005, desestimando la demanda por apreciar la concurrencia de caducidad de la acción. El juez entiende que: a) de los hechos narrados se deduce que nos encontramos ante un reconocimiento de complacencia, en el que «el problema radica en determinar cómo puede impugnarse dicho reconocimiento»; b) después de exponer las diferentes alternativas con base en la doctrina de los actos propios, la verdad biológica y la definición de la naturaleza del reconocimiento como acto unilateral, personalísimo, formal e irrevocable, recoge la doctrina de esta Sala y concluye que «[...] debe estimarse la filiación impugnada como matrimonial, debiendo estimarse la excepción alegada de caducidad de la acción por haberse interpuesto la misma habiendo transcurrido en exceso el plazo legal para ello».

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 23 de febrero de 2007 desestimando el recurso interpuesto por D. Juan Miguel. La sentencia centra el asunto de la siguiente forma: «el problema primero a dilucidar en este asunto litigioso, es determinar si el que reconoce una filiación extramatrimonial, ante el encargado del Registro civil, puede retractarse posteriormente del reconocimiento»; b) «la única impugnación que cabe es la reconocida en el artículo 141 CC y precisa: 1.º Que haya sido realizada con error, dolo, violencia o intimidación, y 2.º Que no haya caducado; caducidad que se produce al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento [...]. En el caso que nos ocupa, no sólo no se ha intentado justificar ninguno de dichos vicios del consentimiento, sino que además, ha transcurrido el plazo de caducidad».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Primer motivo atribuye a la sentencia recurrida la infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente aplicación indebida, del artículo 141 CC, en relación con el artículo 138 CC, así como la infracción por interpretación errónea y consecuente inaplicación del artículo 140.1 CC y lo que fundamenta el interés casacional del recurso, pues las sentencias no abordan la cuestión planteada en este debate. Cita la sentencia de 27 de mayo de 2004. Dice que se

pretende impugnar una filiación que no está de acuerdo con la realidad y no el reconocimiento en sí, para seguir la doctrina de la Sala en orden a dar prioridad a la verdad biológica. El Segundo motivo denuncia la inaplicación del artículo 140.1 CC, pues las sentencias recaídas en este pleito han obviado que dicho artículo es la base de la acción ejercitada y con ello no han entrado en la cuestión de fondo, pues la acción del artículo 140.1 CC carece de plazo de caducidad para su interposición, con cita de la STS de 28 de abril de 1994.

Ambos motivos se desestiman.

Antes de entrar a examinar los argumentos del recurrente, hay que puntualizar el objeto del recurso, que, en definitiva es el del proceso, es decir, la impugnación de un reconocimiento de conveniencia. La pregunta que se plantea en el presente recurso es si el reconocimiento determinante de una filiación no matrimonial no es impugnable por falta de veracidad biológica, sino únicamente por vicio de consentimiento.

La falta de una línea constante en la resolución de estos problemas en las sentencias de esta Sala puede ser la causante del planteamiento de varios litigios, en los que es posible citar como apoyo sentencias distintas de la Sala, siempre en el tema de los llamados reconocimientos de conveniencia. Ciertamente, esta situación puede ser debida a que tampoco la regulación legal hace referencia a los efectos de estos reconocimientos, que no se contemplan en la regulación del Código Civil y tampoco en la Ley 25/2010, del Libro II del Código Civil catalán.

Entre los diversos supuestos que se han planteado a esta Sala en relación a este tema hay que destacar el problema relativo a si se aplica el artículo 140 CC a hijos reconocidos antes del matrimonio de sus padres, aunque después éstos hubieran contraído matrimonio, adquiriendo así la condición de hijos matrimoniales, es decir, cuál es la regla de impugnación que debe aplicarse.

A) En contra de la impugnación, se pronuncian las siguientes sentencias:

— La sentencia de 28 de marzo de 1994 dijo que debía aplicarse el artículo 140 y reconoció legitimación activa al padre con independencia de la posesión de estado.

— En la sentencia de 14 de julio de 2004, los recurrentes invocaban el artículo 141 CC. Hubo un reconocimiento libre y voluntario, después de contraer matrimonio con la madre y aceptando que la reconocida no era hija biológica. Se dice que lo que late en la demanda es un intento de revocar el reconocimiento y disponer así del estado civil. Dice la sentencia que las razones alegadas para no aplicar la caducidad «no son suficientes ni válidas para apartarse de un régimen legal que es preciso respetar por atender al interés del hijo tal y como el legislador ha considerado más conveniente protegerlo».

— En cambio, la sentencia de 14 de junio de 2004 estima los motivos de impugnación en un caso de una menor nacida dentro de los 180 días siguientes al matrimonio después de haberse demostrado la esterilidad del marido de la madre: «Ambos motivos, cuyos argumentos esenciales se han expuesto, se estiman. En el caso litigioso estamos en presencia del nacimiento del menor durante el matrimonio, pero dentro de los ciento ochenta días siguientes a su celebración, que es el supuesto previsto y regulado en el artículo 117 CC y en el que el ex marido no pudo lógicamente destruir la presunción de paternidad matrimonial mediante su declaración auténtica en contrario, debido a que estaba incurso en las dos excepciones que en el citado precepto imposibilitan el desconocimiento de la paternidad. La filiación matrimonial se asienta en reconocimientos de la misma por el actor, como puede apreciarse de la exposición de los hechos probados en que se basan las fundamentaciones de los dos motivos. Así las cosas, no puede aceptarse el criterio de la sentencia recurrida, que estimó caducada la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por aplicación del artículo 136, cuando el que debió serlo es el artículo 138, inciso primero.

Según su texto, existen reconocimientos que determinan conforme a la Ley una filiación matrimonial, y la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1996 declaró que ello implicaba la remisión, entre otros preceptos, al artículo 117».

B) A favor de la impugnación se encuentran las sentencias que cita en su motivo el recurrente. La sentencia de 27 de mayo de 2004 trataba de un supuesto parecido al que nos ocupa en este recurso de casación, en una filiación matrimonial por posterior matrimonio del padre reconocedor con la madre efectuado antes de casarse. Se admitió el recurso, declarando la nulidad del reconocimiento, por aplicación del artículo 140 CC, porque entiende que «lo que deja expuesto autoriza a que el artículo 140, al referirse expresamente a la filiación no matrimonial, se está proyectando a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos [...] incluyéndose en el concepto de progenitor a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por otro título [...]».

— La sentencia de 12 de julio de 2004 y con apoyo en la antes citada de 27 de mayo de 2004, considera que un reconocimiento de este tipo no respeta la primacía de la verdad biológica, que se dice exigida en el artículo 39 CE, por lo que «pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, [...] sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de filiación en contra de lo así sabido por los propios interesados [...]».

C) No es hasta las sentencias de 29 de octubre de 2008 y 5 de diciembre del mismo año que reproduce la anterior, que no se produce una decisión coincidente en relación con el reconocimiento de complacencia. La sentencia de 29 de octubre de 2008 trata un caso de impugnación de la filiación reconocida por el hijo de los demandantes ya fallecido. Se alega interés casacional por oponerse a las sentencias que se citan, y se denuncia infracción del artículo 140 CC por aplicación indebida, y del 141 CC por inaplicación. Se dice que nos hallamos ante un reconocimiento de complacencia, cuya única causa de impugnación es el vicio del consentimiento. Los argumentos de ambas sentencias se centran en señalar que de las sentencias de la Sala no se pueden extraer «de forma concluyente el criterio interpretativio en cuya oposición por la sentencia recurrida se resume el interés casacional... conduce a rechazar de manera definitiva. Es posible impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de mera complacencia, por falta de correspondencia con la verdad biológica, con las condiciones de legitimación y plazo para el ejercicio de la acción establecidos en el artículo 141 CC».

Por tanto, aunque finalmente no se determinó cuál era el interés casacional por haberse desestimado los recursos de casación, de las sentencias citadas en el apartado C) se pueden extraer las siguientes conclusiones, que deben aplicarse en el recurso que nos ocupa:

1.ª La filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento puede impugnarse a través del artículo 141 CC si se demuestra que en dicho reconocimiento concurrió un vicio de la voluntad.

2.ª El artículo 140 CC permite también la impugnación de este tipo de filiación.

3.ª En cualquier caso, deben respetarse las condiciones de legitimación y plazos para el ejercicio de la acción establecidos en el artículo 141 CC.

Visto lo anterior, debe responderse al recurrente que la sentencia que ha aplicado el artículo 140 CC no ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, entendida en el sentido expresado en el anterior Fundamento jurídico, porque es posible utilizar la vía del artículo 140 CC, en cuyo caso, el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción es de 4 años y no se puede acusar a la sentencia recurrida de no haber entrado en el fondo del asunto porque ha apreciado la caducidad.

El presente recurso va dirigido a hacer decir a la Sala que se ha ejercitado una acción que no tiene plazo de caducidad, porque se denuncia la aplicación del artículo 141 CC, cuando debería haberse aplicado el 140 CC. Como ya se ha dicho, la jurisprudencia ha entendido que

hay dos vías para impugnar este tipo de filiación, según si se recurre a los vicios del consentimiento o a la propia filiación determinada por el reconocimiento. La impugnación de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, con fundamento en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el artículo 140 CC, que por otra parte no excluye la posibilidad de impugnar por vicio del consentimiento, como han dicho las sentencias de 29 de octubre y 5 de diciembre de 2008, ya citadas.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Habiendo prestado el consentimiento la esposa en la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar propiedad privativa del esposo, la posterior atribución del uso a favor de aquélla y de los hijos no puede oponerse al adjudicatario del inmueble tras la subasta del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

El 23 de noviembre de 1995, D. Luis Francisco hipotecó un bien privativo en el que había constituido el domicilio familiar. Su esposa, D.ª Isabel compareció en el acto de la constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca.

D. Luis Francisco y D.ª Isabel se separaron en 5 de abril de 2000. La sentencia de separación atribuía el domicilio familiar a la esposa y las hijas del matrimonio. D.ª Isabel consiguió la posesión de la vivienda en 2001 y en julio de 2002 intentó inscribir en el Registro de la propiedad el derecho de uso, sin conseguirlo.

Habiendo resultado impagado el préstamo garantizado con la hipoteca, el acreedor, «Banco Esfinge, S.A.» procedió a instar la ejecución. En los edictos publicados el 28 de febrero y el 30 de julio de 2003, se hacía constar que la finca subastada se encontraba ocupada.

Al conocer la existencia de dicho procedimiento, D.ª Isabel comunicó al juzgado con fecha 17 de junio de 2003, la situación posesoria de la vivienda y el título que la legitimaba para poseer. En 3 de septiembre de 2003, el Juzgado acordó que la condición de D.ª Isabel como ocupante constara a los efectos de la subasta. La entidad ejecutante recurrió dicha providencia, siendo desestimado el recurso de reposición por auto de 26 de septiembre de 2003, donde se reconocía de nuevo la sentencia de separación como título suficiente para la ocupación. Por causa no acreditada, los nuevos edictos no llegaron a publicarse.

La subasta tuvo lugar el 1 de octubre de 2003. La finca se adjudicó a «Belmonte del Tajo, S.A.».

«Belmonte del Tajo, S.A.» demandó a D.ª Isabel y solicitó que se declarara su derecho a poseer la vivienda adjudicada en el procedimiento hipotecario. D.ª Isabel se opuso, alegando los hechos que se han resumido.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Colmenar Viejo dictó Sentencia el 26 de mayo de 2005 desestimando la demanda. Se indica en la sentencia que debe estudiarse si procede o no el desalojo, a lo que entiende que la respuesta «debe ser negativa». Señala que «[...] la demandada tiene a su favor un derecho real de uso de la vivienda, que le permite el derecho a poseerla. El *ius possidendi,* de similares características al que tiene el arrendatario, el usufructuario o el enfiteuta, es merecedor de protección jurídica en plena coexistencia con el del propietario en los términos del artículo 432 CC, que permite la confluencia de la posesión mediata y la inmediata». «[...] no puede olvidarse que la atribución del uso de la vivienda fue hecha con carácter definitivo antes del procedimiento de ejecución hipotecaria y, por tanto, de la adquisición (*sic*) es posterior y resulta la coexistencia de dos posesiones distintas y compatibles».

En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 18 de enero de 2006, confirmó la sentencia del juzgado utilizando tres tipos de argumentos: a) la apelante no desarrolló una conducta diligente, porque «una actuación mínimamente diligente le hubiera debido conducir a tomar conocimiento mediante el examen pormenorizado de los autos de cuál era la condición del ocupante y cuál era el título que legitimaba dicha ocupación», lo que excluye la buena fe del apelante; b) en los edictos se hizo constar que de acuerdo con el artículo 661 LEC, que la finca se encontraba ocupada, habiendo advertido el juzgado que los ocupantes tenían derecho a permanecer en el inmueble, a salvo las acciones que pudieran corresponder para desalojarles, y c) en la situación entre dar preferencia al derecho del adjudicatario frente al de la esposa como vivienda familiar, hay que mantener la preferencia de este último. Además, D.ª Isabel no era prestataria.

La entidad «Belmonte del Tajo, S.A.» interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó el derecho a poseer de la adjudicataria y el desalojo de la ocupante del inmueble.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente señala la infracción de los artículos 1320 y 96 CC, 13 LH; 94.1 RH y DA 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio. En el acto de la vista, el recurrente aludió a las nuevas circunstancias acontecidas desde la presentación del recurso de casación y concretamente las sentencias del pleno de esta Sala de 14 y 18 de enero de 2010.

En su razonamiento, «Belmonte del Tajo, S.A.» utiliza diferentes argumentos: 1.º Resume los hechos; 2.º Respecto a la infracción del artículo 1320 CC, dice que integra la norma básica de protección de la vivienda en fase de normalidad del matrimonio y es un mecanismo para asegurar la ocupación por el cónyuge no titular. No hay norma que dé preferencia a la vivienda en relación a las ejecuciones. Añade que en la crisis matrimonial, «se rompe la situación coposesoria que presupone el artículo 1320 CC», por lo que hay que determinar quién va a ser el titular del uso y por ello, se debe aplicar el artículo 96.4 CC; 3.º El derecho de uso atribuido en la resolución judicial se debería haber inscrito en el Registro de la Propiedad, para que no pudiera verse perjudicado por las posteriores transmisiones efectuadas por el propietario. Desde la STS de 11 de diciembre de 1992 se hace resistente el derecho al uso. La atribución de la vivienda familiar es oponible a terceros, pero ello se encuentra supeditado a que su titularidad traiga causa de un acto de disposición llevado a cabo por el cónyuge no usuario con posterioridad a la decisión judicial. Esta oponibilidad deberá referirse a quien tenga inscrito el derecho. La sentencia dictada en el procedimiento matrimonial no

puede perjudicar a los terceros que no han sido parte en aquel proceso. Por ello, si el derecho a la vivienda no tuvo acceso al Registro, no será oponible al tercero adjudicatario, que se verá protegido por las normas de la Ley Hipotecaria.

Para centrar la discusión, deben examinarse los tres grupos de argumentos de la recurrente, a los que se añaden los utilizados en el acto de la vista, a los que se aludirá a lo largo de los fundamentos de esta sentencia.

Respecto a la enumeración de los hechos acaecidos, debe rechazarse el recurso, puesto que si se trata de una alegación, incurre en supuesto de la cuestión y debería haberlo llevado al recurso extraordinario por infracción de las reglas de la prueba y si sólo es una enumeración de los hechos a los efectos de orientar al juez en la casación, resulta absolutamente inútil al resultar los hechos probados de la sentencia apelada.

Es cierto que esta Sala ha declarado en las sentencias a que se refirió la recurrente en el acto de la vista oral, que el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real. Las sentencias de 14 y 18 de enero de 2010 coinciden en la misma doctrina en relación a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge adjudicatario de la vivienda y señalan que: «De la ubicación sistemática de este precepto [artículo 96 CC] y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)». La sentencia antes citada, de 18 de enero de 2010 dice que «el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad».

Ciertamente, la doctrina resumida ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede. Por ello, debe entenderse aplicable en este supuesto la doctrina anterior, por lo que debe rechazarse que el derecho de D.ª Isabel tenga la naturaleza de derecho real.

A partir de lo dicho en el Fundamento anterior, la discusión que se produce en el presente supuesto debe centrarse en lo siguiente: a) constante matrimonio, la esposa consintió en el acto de disposición del marido sobre la vivienda familiar, que consiste en el otorgamiento de una hipoteca en garantía de deuda propia del marido; b) se produce la separación y el inmueble se adjudica a la esposa e hijas comunes; c) el crédito resulta impagado y el banco acreedor ejecuta la hipoteca; d) en subasta se adjudica a la ahora recurrente, que pretende obtener la posesión del inmueble.

El problema así planteado se centra en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar.

La jurisprudencia ha interpretado el artículo 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las

iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.

En el presente litigio, la esposa, D.ª Isabel, aceptó la hipoteca constituida por su marido sobre un bien destinado a vivienda habitual; de este modo, el negocio jurídico de disposición es válido y no puede ser anulado, porque en su celebración concurrieron los requisitos exigidos en el artículo 1320 CC cuando el bien hipotecado se destina a vivienda familiar. En consecuencia, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas.

Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial.

La parte recurrida alega que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 669.2 LEC, que establece que «por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor». Dicha disposición no es aplicable a este caso porque la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida, por la esposa recurrida.

SUCESIONES

En el régimen introducido en 1970 se distinguía entre adopción plena y simple y en ambas se daba una fase judicial en la que se emitía la declaración de voluntad de los adoptantes ante el juez y auto de éste aprobando la adopción; la fase notarial, otorgamiento de la escritura pública, y la fase registral, inscripción en el Registro civil. Dicho negocio de familia se perfeccionaba por las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, sin necesidad de escritura, que sólo servía para ratificar lo expresado ante el juez con valor *ad probationem*. En consecuencia no puede negarse la cualidad de heredera la hija adoptiva por razón de que no se otorgó escritura pública de adopción.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Flora interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Olga, D.ª Bárbara, D. Cirilo, D.ª Virtudes, D. Nicanor, D.ª Rita, D. Alexander y D. Fabio solicitando que se dictara sentencia declarando la ineficacia de las disposiciones testamentarias y por impugnadas de D.ª Ana, contenida en el testamento abierto, de 24 de febrero de 1988, declarando nula la institución de heredero fiduciario con plena capacidad de disposición en favor de D. Carlos María y nulas de pleno derecho las disposiciones que pudiera haber realizado en tal cualidad y se declare instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única a D.ª Flora, con disposición y adjudicación de todo el causal hereditario quedado a su fallecimiento y se declare igualmente la ineficacia de las disposiciones testamentarias y por impugnadas de D. Carlos María, contenidas en el testamento abierto, de 3 de junio de 2002, declarando la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y de todos los legados y nulas de pleno derecho las disposiciones de bienes que pudieran haberse realizado y se declare instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única a D.ª Flora, con disposición y adjudicación de todo el caudal hereditario quedando a su fallecimiento, y con expresa condena en costas a los demandados en forma conjunta y solidaria.

D. Nicanor y D.ª Rita se allanaron a las pretensiones de la actora.

D. Alexander contestó a la demanda formulada de contrario y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que «desestimando la demanda, absuelva a mi representado de las pretensiones contenidas en la demanda formulada en su contra por D.ª Flora, con imposición de las costas del juicio a la citada demandante». Formulando a su vez demanda reconvencional basada en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, para terminar suplicando al Juzgado «se sirva estimar esta reconvención y declare la nulidad de pleno derecho de la anotación marginal de adopción obrante en la inscripción de nacimiento de D.ª Flora, al Tomo NÚM000, página NÚM001, de la Sección Primera del Registro Civil de Ingenio y, en consecuencia, ordene la cancelación de dicha anotación marginal, librando al efecto el oportuno exhorto al Juzgado de Paz de Ingenio, y todo ello con expresa condena a la Sra. Flora al pago de las costas de esta reconvención». Cuya reconvención fue inadmitida.

D.ª Olga, D.ª Virtudes, D. Cirilo, D.ª Bárbara y D. Fabio contestaron a la demanda formulada por la parte actora y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia en la que se desestime en su totalidad los pedimentos incluidos en la demanda, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora. Por otrosí formuló demanda reconvencional, con llamamiento por imperativo legal al Ministerio Fiscal y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que: «1.º Se declare la inexistencia, o subsidiariamente la nulidad de pleno derecho, de la adopción simple de D.ª Flora por parte de los esposos D. Carlos María y D.ª Ana así como la de sus efectos formales y legales. 2.º Se declare la nulidad de pleno derecho de la inscripción marginal de la adopción simple de D.ª Flora que consta en el Registro Civil de Ingenio y se ordene cuanto fuera necesario en Derecho para su rectificación y cancelación. 3.º Que se condene a la demandante-reconvenida, D.ª Flora, al pago de las costas de la presente reconvención».

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Telde dictó Sentencia el 31 de enero de 2005 estimando parcialmente la demanda declarando la nulidad del testamento otorgado el día 3 de junio de 2002 por D. Carlos María, debiendo dejarse sin efecto los legados en él contenidos a favor de los demandados, debiendo atribuirse la titularidad como heredera fideicomisaria de residuo de todos los bienes legados a D.ª Flora.

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 31 de julio de 2006 revocando la sentencia del juzgado y declarando que D.ª Flora es heredera forzosa de D.ª Ana y de D. Carlos María, y válidos sus testamentos si bien, y respecto al otorgado por D.ª Ana la institución de heredero en él contenido a favor de D. Carlos María, se reducirá hasta el extremo de salvaguardar las dos terceras partes del haber hereditario las cuales, en su cualidad de heredera se atribuyen a la actora. Respecto al testamento de D. Carlos María se mantienen igualmente los legados en él establecidos, si bien los mismos deberán ser reducidos en la medida necesaria para que las 2/3 partes del haber hereditario se le atribuya, con el carácter de heredera a la actora.

Los demandados interpusieron recursos por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se formuló en su día demanda por D.ª Flora en la que interesó, como consta literalmente en los antecedentes de hecho, en el suplico de la misma, que se declarara la ineficacia de las disposiciones testamentarias contenidas en el testamento de 24 de febrero de 1988 otorgado por D.ª Ana con la consiguiente nulidad de la institución de heredero y se la declarara «instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única» (*sic*) y lo mismo respecto al testamento de D. Carlos María de 3 de junio de 2002, con la nulidad de los legados otorgados en el mismo. Aquélla falleció el 13 de abril de 2002; éste el 13 de enero de 2003. La base fáctica y jurídica de la acción ejercitada era su condición de hija adoptiva, en adopción simple conforme a la Ley 7/1970, de 4 de julio, aprobada por auto de 2 de noviembre de 1983, inscrita en el Registro civil, lo que implica, tras la vigencia de la Constitución Española promulgada con anterioridad a la muerte, apertura de la sucesión de los causantes, la igualdad sin discriminación por razón de nacimiento, artículo 14 de la misma, plasmado en el Código Civil, artículo 108, redactado por la Ley 1/1996, de 15 de enero, lo cual ha sido recogido reiteradamente por esta Sala, sentencias de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1995, 19 de mayo de 1997, 28 de junio de 2002, 29 de septiembre de 2006.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sec. 3.ª, de las Palmas de Gran Canaria, de 31 de julio de 2006, revocando la de primera instancia, declaró la preterición intencional de la demandante, partiendo de que es hija adoptiva y manteniendo la validez de ambos testamentos, ordenó la reducción de sus disposiciones patrimoniales hasta el extremo de salvaguardar los dos tercios de la legítima que corresponden a la actora.

Ésta se ha aquietado a tal resolución. Los demandados, interesados en la sucesión de ambos causantes, forman tres grupos. Dos de ellos se han allanado, cinco han interpuesto sendos recursos por infracción procesal y de casación y uno, separadamente, ha interpuesto los mismos recursos. En todos ellos se pretende lo mismo, con esencial igualdad si no identidad, que es la negación de que la actora sea hija adoptiva, por razón de que no se otorgó escritura pública de adopción, como exigía, según mantiene, el Código Civil en redacción dada por la mencionada Ley de 1970.

Antes de entrar en el detallado análisis de los distintos motivos de cada recurso interpuesto por las partes codemandadas, conviene hacer

el planteamiento y exponer la posición de esta Sala ante los dos temas que son esenciales, la constitución de la adopción simple y los efectos de la preterición. No se plantea en casación el tema del fideicomiso de residuo.

En el tiempo de producirse la adopción (1983) el Código Civil vigente en esta materia venía redactado por la Ley 7/1970, de 4 de julio, que había derogado el texto según Ley de 24 de abril de 1958 y a su vez fue derogado por la Ley 21/1887, de 11 de noviembre, con ciertas modificaciones anteriores y posteriores. Según aquel texto del Código Civil se distinguía entre adopción plena y simple y en ambas se daba una fase judicial en la que se emitía la declaración de voluntad de los adoptantes ante el juez y auto de éste aprobando la adopción; la fase notarial, otorgamiento de la escritura pública; y la fase registral, inscripción en el Registro civil.

Se había planteado en aquel tiempo cuál era el momento de perfección del negocio jurídico de la adopción. Ciertamente, había unanimidad en la consideración de que su naturaleza era de negocio jurídico de Derecho de familia, naturaleza que desapareció con la reforma de 1987, pasando a ser un acto de Derecho público, acto de autoridad. Como tal negocio jurídico débese entender que se perfecciona con las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, opinión mantenida tanto doctrinalmente como por la sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1982 que admitió la adopción en un caso en que la adoptante falleció tras el auto y aceptó que los albaceas otorgaran la escritura. El artículo vigente en aquel tiempo disponía: aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública, que se inscribirá en el Registro civil correspondiente. La escritura pública no era más que una ratificación de lo expresado ante el Juez, que, a su vez, la había aprobado; no era, por ello, más que un elemento *ad probationem*, no *ad solemnitatem*. Ésta es la posición de esta Sala, que reitera la doctrina de la mencionada sentencia de 1982.

La preterición, también modificado el Código Civil en éste y otros muchos temas, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, comprende dos casos, las llamadas intencional y errónea, según el testador conocía o no la existencia del legitimario que ha olvidado, ya que la preterición no es otra cosa que el olvido del legitimario en el sentido de falta de atribución de bien alguno en concepto de legítima.

El primer párrafo del artículo 814 del Código Civil se refiere a la preterición intencional al disponer: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. La demandante, hija adoptiva de los testadores, ha sido preterida por una y otro, sabiendo que era hija; preterición intencional, por tanto. En el testamento de la madre dejando su institución de heredera para un momento posterior como heredera fideicomisaria que, por cierto, nunca se cumplió. En el del padre, totalmente, pues distribuyó toda su herencia en legados, sin incluirla a ella.

Se podrá discutir la conveniencia de mantener la legítima en el tiempo actual, pero mientras se recoja en el Código Civil no pueden los padres ignorar la existencia de la hija legitimaria que, en este momento, nada ha percibido de la herencia de sus padres porque nada le fue atribuido. A ello hay que añadir lo ya apuntado sobre el principio de igualdad de los hijos, sea cual fuere su filiación, que proclaman el artículo 14 de la Constitución Española y el 108 del Código Civil que, tal como expresa la sentencia de 6 de febrero 1997, «una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume y otra su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto...».

1. Recurso por infracción procesal

El recurso por infracción procesal que ha interpuesto la representación procesal del codemandado D. Alexander contiene tres motivos sin que en ninguno de ellos se cite en qué apartado del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se funda.

El primero denuncia la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concordancia con los artículos 209, regla terce-

ra y 216 del mismo texto legal. En el desarrollo del motivo se concreta que la alegación es por la incongruencia que el recurrente observa en la sentencia de instancia, incongruencia *extra petita*.

No hay tal incongruencia. Ésta se determina por la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia y la incongruencia *extra petita* que se denuncia no se da en el presente caso. La sentencia de 15 de junio de 2004 entre otras muchas, resume la doctrina jurisprudencial.

No puede obviarse que no se da incongruencia cuando la sentencia desestima el *petitum* o cuando lo rechaza parcialmente, dando menos de lo pedido. En el desarrollo del motivo se dice algo totalmente erróneo; es la frase en la que considera incongruente «... el novedoso principio de que quien pide más está dispuesto a que se le dé menos». La parte que detalla su pretensión y se le desestima total o parcialmente (es decir, se le da menos de lo que pide) puede aquietarse a tal pronunciamiento, como ocurre en el presente caso o puede recurrir, pero no puede alegar incongruencia. En este sentido, ya la sentencia de 9 de septiembre de 1985, con cita de numerosas anteriores, decía: «... sin que la circunstancia de concederse menos de lo pedido determine incongruencia» y añade refiriéndose al caso concreto, precisamente de nulidad «... gravamen aquí no producido, dado que la sentencia concede menos de lo pedido, entendiendo el impugnante que debió dar más, o sea la nulidad total...».

El suplico de la demanda interesaba «la ineficacia de las disposiciones testamentarias... declarando nula la institución de heredero...» respecto al testamento de la madre y la misma ineficacia y «la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y de todos los legados» respecto al del padre y en ambos testamentos, a la actora «se declare instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única». La sentencia de la Audiencia Provincial se aparta de las imprecisiones terminológicas y de concepto del suplico de la demanda y desestima la petición de nulidad de los testamentos, declara su validez y tampoco declara a la actora heredera universal, sino, como legitimaria preterida recibirá dos tercios del patrimonio hereditario de la madre y del padre, reduciendo para ello la institución de heredero y la disposición de legados. Ello no es incongruente: no se declara algo distinto, sino algo menos de lo que interesaba, lo que no es otra cosa que la estimación parcial de la demanda o, lo que es lo mismo, desestimación parcial.

El motivo segundo del recurso por infracción procesal mantiene la infracción del artículo 408.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber resuelto la sentencia de instancia la petición de la declaración de nulidad de la inscripción de la adopción simple de la actora. Habiéndole sido inadmitida la reconvención en que interesaba tal declaración, sostiene que debía haberse resuelto en la sentencia recurrida conforme a los preceptos que alega como infringidos.

El motivo se desestima. Se supone, aunque no lo dice, que este motivo se funda en el número tercero del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual exige la denuncia de la infracción en primera y en segunda instancia y la inadmisión de la reconvención no fue recurrida, sino que, por el contrario renunció a la apelación.

Lo anterior, respecto a la reconvención. En cuanto al pronunciamiento en sentencia, conforme a aquellos preceptos, tampoco aparece infracción alguna, ya que si a lo largo de ella se mantiene la validez de la inscripción, incluso como argumento esencial para la estimación parcial de la demanda, es claro que se rechaza implícitamente la petición de nulidad de la misma. No se incumple, pues el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque no se haga de forma expresa.

El motivo tercero del mismo recurso alega la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla la doctrina y el mecanismo de la carga de la prueba.

El motivo debe ser rechazado plenamente, por dos razones esenciales. La primera, porque no se ha planteado realmente cuestión alguna de prueba de hechos, sino de calificación jurídica de la adopción aprobada por auto judicial y de la inscripción en el Registro civil, cuyos documentos son admitidos y se discute su efica-

cia jurídica, así como de los testamentos cuyas copias auténticas obran en autos; por tanto, la carga de la prueba no juega en el presente caso. La segunda razón es que no ha quedado extremo alguno que probar; se han acreditado los presupuestos base de la acción, adopción y testamentos y la doctrina de la carga de la prueba se aplica cuando un hecho queda sin prueba y es preciso determinar cuál de las partes sufre las consecuencias de la falta de prueba. La jurisprudencia ha repetido numerosas veces que «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba».

2. Recurso de casación

El recurso de casación que ha interpuesto el mismo codemandado gira, en los cuatro motivos que contiene, alrededor de la negativa que mantiene desde el principio de que la actora sea hija adoptiva de los causantes.

En el primero de los motivos alega la infracción de los artículos 175 y 180 del Código Civil en la redacción según la Ley 7/1970, de 4 de julio; el primero prevé que una vez aprobada judicialmente la adopción, se otorgará escritura pública y el segundo, la fijación de los apellidos del hijo adoptivo en la escritura de adopción. Con base en ambas normas, mantiene que la escritura pública es elemento constitutivo de la adopción y, al no haberse otorgado, no hubo adopción ni tiene derecho alguno a la sucesión hereditaria de los causantes. No es así, como antes se ha dicho. Se constituyó la adopción simple con las declaraciones de voluntad y el auto aprobándola, que más tarde se inscribió en el Registro civil, cuya función esencial es la constatación y prueba del estado civil, constituyendo el título de legitimación de éste. Así lo expresan el artículo 327 del Código Civil y el 2 de la Ley de Registro civil.

El segundo motivo de casación denuncia la infracción de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción. La disposición tercera no existe. La segunda dispone: «Las adopciones simples o menos plenas, subsisten con los efectos que la reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma».

En el desarrollo del motivo se insiste en la misma idea que en el motivo anterior. Como no se otorgó escritura pública, no hubo adopción, por lo que no puede subsistir con los efectos que le reconoce la legislación anterior. No es así, como se ha dicho al rechazar el motivo anterior. La adopción menos plena de la actora, quedó perfeccionada con las declaraciones de voluntad de los adoptantes ante el juez y el auto de éste aprobando la adopción. Conforme a la disposición transitoria transcrita, la adopción simple subsiste, la actora era hija de los causantes y, por el principio de igualdad ante la ley, se produjo su preterición intencional y se estimó su demanda parcialmente.

El tercero de los motivos del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 807 en relación con los artículos 814 y 838 del Código Civil. En él, insiste en su posición negativa en el sentido de que, al no ser hija adoptiva, pues la adopción nunca existió, no se le pueden conceder los derechos legitimarios. Ya se ha dicho que no es así y que la adopción sí existió, quedó perfeccionada, por lo cual era legitimaria conforme al artículo 807.1.º, fue preterida conforme al artículo 814, párrafo primero y nada tiene que ver el artículo 834, siempre del Código Civil, pues éste se refiere a la legítima del cónyuge viudo.

El motivo cuarto y último no es más que la repetición de los anteriores. Alega la infracción del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad de los actos contrarios a una norma imperativa, porque la inscripción de la adopción en el Registro civil infringió el artículo 175 y debía haberse decretado su nulidad. Ya se ha dicho que la adopción se perfeccionó y, como tal, se inscribió. Decretar la nulidad no se aceptó procesalmente; y materialmente, no puede negarse la adopción, debidamente inscrita.

Por lo cual, se desestima este motivo, al igual que los anteriores, tanto del recurso por infracción procesal, como del de casación y, conforme al artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

INCAPACIDAD

La pretensión de traer la donación hecha por el padre y la madre, con carácter no colacionable, sólo a la herencia de la madre carece de viabilidad desde el momento en el que el bien donado era, al menos en parte, ganancial, por lo que tendría que haber constado la liquidación previa de la sociedad de gananciales para poder inventariar los bienes que formaban el caudal relicto de la madre donante.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2010

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

ANÁLISIS DEL CASO

Los hermanos D.ª Sofía y D. Isaac interpusieron demanda de juicio ordinario contra su también hermana D.ª María Dolores solicitando se dictara sentencia «por la que: a) Se declare nula la donación otorgada en escritura pública en fecha 23 de febrero de 2000 ante el Notario de Ilustre Colegio de Valencia, D. Fernando Pérez Narbón, por D.ª María Dolores junto con su esposo, D. Porfirio a favor de D.ª María Dolores solicitando asimismo que se declare la nulidad de la inscripción de la finca descrita en el Hecho Cuarto que antecede, a favor de la demandada, en virtud de la escritura de donación otorgada ante el Notario de Valencia, D. Fernando Pérez Narbón, en fecha 23 de febrero de 2000, protocolo núm. 758, cancelando cuantos asientos registrales se hayan producido en los correspondientes registros en virtud de dicha escritura de donación, librando los correspondientes mandamientos al Registro de la Propiedad de Enguera. b) Subsidiariamente a la anterior petición, se declare que la donación otorgada en escritura pública ante el Notario de Valencia, D. Fernando Pérez Narbón, en fecha 23 de febrero de 2000, protocolo núm. 758, por D.ª María Dolores junto con su esposo, D. Porfirio a favor de D.ª María Dolores, de la vivienda sita en Mogente (Valencia), CALLE000, núm. NÚM000 es colacionable en el sentido de computable, y como tal que ha de traerse a la herencia de D.ª María Dolores para el cálculo de la legítima y derechos hereditarios de los actores, y se declare inoficiosa, debiendo ser reducida en su exceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 821 del Código Civil, y en todo caso, se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a que comparezca ante Notario para proceder a la práctica y formalización de las operaciones particionales de la herencia de D.ª María Dolores. c) Que en todo caso se impongan las costas procesales a la demandada».

La demandada compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó Sentencia el 21 de febrero de 2006 estimando la demanda y declarando nula la donación otorgada por los padres en favor de la hija demandada.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 29 de diciembre de 2006 revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

D.ª Sofía y D. Isaac interpusieron recursos por infracción procesal y casación siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Centrada la controversia en un documento manuscrito de la madre de los litigantes, hecho en 1999, expresando su voluntad de donar la casa a su hija luego demandada y de que ésta compensara a sus cinco hermanos mediante una donación de un millón y medio de pesetas para cada uno, la sentencia de primera instancia declaró nula la donación pura y simple de la misma casa documentada en escritura pública de 23 de febrero de 2000, otorgada por los padres de los litigantes como donantes y la referida hija luego demandada como donataria, razonando la juzgadora del primer grado que se trataba de una donación con cargas y que éstas no se habían hecho constar en la escritura como exige el artículo 633 CC, ya que los dos hermanos demandantes negaban haber recibido cantidad alguna de su hermana donataria y el resto de los hermanos no habían esclarecido la cuestión, «pues se limitaron a manifestar sus suposiciones en cuanto a la entrega de dinero a todos los hermanos, pero ningún recibo u otro documento acredita la realidad de este hecho».

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, el tribunal de segunda instancia, estimándolo, revocó la declaración de nulidad de la donación razonando, en esencia, que la donación se había hecho «con carga modal», la de abonar la donataria un millón y medio de pesetas a cada uno de sus hermanos, y que la carga había sido cumplida porque tanto los tres hermanos litigantes como sus otros hermanos habían afirmado unánimemente «la justicia y equidad de la madre» y, por tanto, «difícilmente la madre, tan justa y equitativa con todos sus hijos a los que trató de modo igual pudo otorgar la donación sabiendo que la carga impuesta no se había cumplido». En cuanto a la petición subsidiaria de declaración de la donación como colacionable e inoficiosa, con la reducción consiguiente, el tribunal la desestimó razonando, en esencia, que la parte actora no había acreditado la liquidación de la sociedad de gananciales de sus padres, necesaria porque la obra realizada en la casa tenía carácter ganancial, así como que, «tratándose de una donación onerosa en que la donataria abonó a cargo del bien donado la cantidad de 7 millones de pesetas, la valoración realizada por la parte demandante no se ajusta a la realidad».

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, formulada al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 LEC por inaplicación de los apdos. 1 y 3 del artículo 217 de la misma ley, se desestima porque, fundado un tanto contradictoriamente en que «la acción planteada es la de nulidad de la donación y no si la carga ha sido cumplida o no» y en que, en todo caso, era la demandada-donataria quien tendría que haber probado «el pago de la carga como hecho extintivo», la parte recurrente no tiene en cuenta que la propia escritura pública de donación no imponiendo carga alguna a la donataria, escritura otorgada meses después del documento manuscrito de la madre de los litigantes, ya constituye por sí misma una prueba favorable a la demandada, a lo que se une la convicción del tribunal a partir de pruebas efectivamente practicadas, por lo que, con arreglo a la doctrina de esta Sala (SSTS 4 de enero de 2010, 12 de junio de 2007, 8 de marzo de 2002 y 27 de enero de 2000 entre otras), no pueden haberse infringido las reglas determinantes de las consecuencias de la falta de prueba de determinados hechos.

El segundo y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado también al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC pero citando ahora como infringido el artículo 386 de la misma ley, se desestima igualmente porque la «convicción» del tribunal sentenciador sobre el efectivo pago por la donataria de las cantidades mencionadas por su madre en el documento manuscrito que precedió al otorgamiento de la escritura pública de donación no se funda sólo en una presunción cuya base es la justicia y equidad de la madre unánimemente reconocida por los tres litigantes y todos sus hermanos sino también, como resulta del razonamiento completo contenido en la parte final del fundamento jurídico segundo de

la sentencia impugnada, en la prueba documental constituida por la propia escritura pública de donación en la que no se imponía carga alguna a la donataria, a todo lo cual se une que, como se razonará al examinar el primer motivo del recurso de casación, tanto las partes como los juzgadores de ambas instancias han atribuido al documento manuscrito de la madre de los litigantes una transcendencia superior a la jurídicamente procedente.

2. Recurso de casación

Entrando a examinar, por tanto, el recurso de casación, su motivo primero, fundado en infracción del artículo 633 CC ya que «si la donación se efectúa con cargas deben expresarse éstas» en la escritura pública, se desestima porque, pese al planteamiento de las partes y lo razonado tanto por la juzgadora del primer grado como por el tribunal de apelación, lo cierto es que la única donación válida de bienes inmuebles es la que se hace en escritura pública, como establece precisamente dicho artículo 633, y en el caso examinado resulta que la escritura pública de donación no impone carga alguna a la donataria y por ello era imposible que expresara «el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario», que es lo que exige aquel precepto, de suerte que la eficacia que la parte recurrente quiere atribuir al documento manuscrito de la madre, y que las sentencias de ambas instancias parecen compartir, podría haberse traducido en una acción para exigir el cumplimiento de esa especie de pacto familiar acatado por todos, esto es el pago de un millón y medio de pesetas a cada uno de los hermanos demandantes si tal pago no se hubiera verificado aún, pero no en la nulidad de una donación de bien inmueble, otorgada en escritura pública, que no adolece de causa alguna de nulidad consistente en la falta de expresión del valor de las cargas que debiera satisfacer el donatario, ya que la donación se hizo sin imponer ninguna carga y como fundamento de su nulidad no se invocó en la demanda la falta de consentimiento de los donantes ni su consentimiento viciado.

Finalmente, el segundo y último motivo del recurso de casación, fundado en infracción de los artículos 647, 636, 654, 655, 818, 820, 821 y 1045 CC y orientado a que se estime la petición subsidiaria de la demanda cuyo fin último es la reducción de la donación por inoficiosa, se desestima igualmente porque prescinde casi por completo de que lo pedido en la demanda lo fue únicamente en relación con la herencia de la madre donante y, sin embargo, la donación se hizo conjuntamente por la madre y el padre, éste representado por aquélla, en relación con un bien inmueble que en la propia demanda ya se consideraba en parte ganancial («se debe aclarar que dicho bien inmueble lo adquirió D.ª María Dolores por herencia y que la obra nueva que se realizó en el mismo era ganancial ya que se realizó una vez había contraído matrimonio con D. Porfirio», párrafo último del hecho cuarto de la demanda) y que, al menos en parte, efectivamente lo era conforme al artículo 1404 CC en su redacción vigente al tiempo de la obra nueva (año 1973). Así las cosas, no se ha infringido ninguna de las normas citadas en el motivo porque la pretensión de traer la donación hecha por padre y madre, con carácter de no colacionable, sólo a la herencia de la madre, que fue lo pedido en la demanda, carecía de viabilidad desde el momento en que el bien donado era, al menos en parte, ganancial, como atinadamente se advierte en la sentencia recurrida, de suerte que tendría que haber constado la liquidación previa de la sociedad de gananciales para poder inventariar los bienes que formaban el caudal relicto de la madre donante, toda vez que la petición de que la donación era colacionable no tenía autonomía propia sino que se formulaba como instrumental para el fin último de su reducción, según se desprende claramente del texto completo de la petición subsidiaria de la demanda. De ahí que para desestimar este motivo no sea necesario acudir a otros argumentos adicionales, hechos valer por la demandada-recurrida en su escrito de oposición, como el hecho reconocido de haber recibido los propios demandantes de sus padres donaciones de acciones que en su caso también tendrían que computarse o el pago por la donataria de un millón y medio de pesetas a cada uno de sus hermanos demandantes, en cumplimiento del acuerdo familiar plasmado en el documento manuscrito de su madre, que el tribunal sentenciador declara probado.

Análisis de la cláusula testamentaria que acuerda usufructos sucesivos sin atribuir la nuda propiedad a nadie hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

En el testamento de don Herminio se instituyó un legado, de acuerdo con la siguiente cláusula: «la tercera parte de los bienes que pertenecieron a mi difunta y querida esposa [...] la lego en usufructo a mi sobrino don Juan y también por su muerte en usufructo a su esposa doña Gregoria. Por falta de ésta los lego a los hijos legítimos de ambos en plena propiedad si estos hijos tuvieron sucesión legítima y sólo en usufructo si no la tuvieren». Se reproducen aquí sólo las condiciones que son objeto de discusión en el recurso: «[...] la otra mitad pasará en usufructo y partida por igual a mis sobrinos don Carlos María y don Luis María, hijo de mi difunta sobrina la marquesa de Albentos, y por su fallecimiento pasará también en usufructo respectivamente a los hijos legítimos que tengan, sucediendo a éstos en plena propiedad sus hijos legítimos, o sean los nietos de mi sobrino don Carlos María y don Luis María. Si don Juan y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiere correspondido pasará en usufructo don José Manuel y sus hijos legítimos y la plena propiedad a los hijos legítimos de éstos, o sea los nietos de don José Manuel; del mismo modo sucederán y en igual manera sucederán don Carlos María y sus hijos legítimos y nietos a don José Manuel y sus hijos si no tuvieron sucesión legítima [...]». Los demás legados sobre las terceras partes de los bienes que pertenecían a su esposa contienen la siguiente cláusula: «las legó a mi sobrino [...] en usufructo y por su falta a sus hijos legítimos en plena propiedad si tuvieren estos hijos legítimos, y solamente en usufructo si no los tuvieren». Aunque la cláusula primera se modificó en el testamento ológrafo de 27 de abril de 1891 con adiciones posteriores, todas las cláusulas contienen las mismas condiciones introducidas en el primer testamento otorgado en 1889, cuya parte más interesante a los efectos de este recurso se acaba de reproducir.

El 11 de marzo de 1894 falleció el testador y causante D. Herminio. Se resumen a continuación las vicisitudes de la sucesión en lo que respecta al legado de los bienes de la esposa del causante.

El primer legatario fue don Pablo. A su fallecimiento, el usufructo de los bienes legados fue adquirido por sus hijos don Herminio y su hermana doña Berta. Don Herminio falleció el 19 de diciembre de 1957 sin dejar hijos y doña Berta falleció en 1996 en la misma situación.

En la otra rama sucesoria estaban llamados doña Marina y su hermano don Carlos María. Este último falleció en el año 1907 sin sucesión; don Luis María falleció el 20 de septiembre del año 1962 dejando siete hijos.

Solamente sobrevivieron a doña Berta tres de los hijos de don Luis María. Uno de ellos don Ambrosio falleció antes que D.ª Berta dejando cuatro hijos, uno de los cuales, don José Manuel, es el demandante en este pleito.

Al fallecer doña Berta, se otorgó un acta de declaración de notoriedad en la que se hacía constar que de los siete hermanos de Luis María solamente habían sobrevivido al usufructuario tres de ellos, por lo que de acuerdo con las cláusulas testamentarias, adquirieron el pleno dominio de los bienes usufructuados por la difunta; concretamente se decía que «por haberse cumplido la condición suspensiva establecida, se puede determinar que se consolidan todos los derechos en los hijos del sobrino del testador, don Luis María, que en este momento viven y que son los tres dichos hermanos señores don José Ignacio, doña Magdalena y doña Marina y además que en razón a la limitación legal en materia de sustituciones, habiendo sido cubierto el primer llamamiento por don Pablo y el segundo por los hijos de éste, don Herminio y doña Berta, resta un tercero y único, por lo que los tres hermanos señores de José Ignacio, Marina y Magdalena, actualmente vivos, adquieren el dominio pleno».

La tutora de don José Manuel demandó a don Justiniano, don León y don Lucio y doña Magdalena y doña Marina. En la demanda se pedía que se declarara la condición de colegatario de don José Manuel, condenando a los demandados a estar y pasar por la declaración de que dicho demandante es titular dominical de una participación indivisa de una cuarta de una sexta parte de los bienes relacionados en el hecho cuarto de la demanda y que se condene a los demandados a otorgar los documentos necesarios previstos para tal fin.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D.ª Magdalena, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales, se estimen las excepciones planteadas, o, en su caso, se dicte sentencia desestimatoria de la pretensión de la demanda, con expresa imposición de costas, en todo caso, a la parte demandante».

La representación de D.ª Marina, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... tenga por planteadas la falta de autorización judicial a favor de D.ª Verónica para interponer demanda en nombre de su hijo D. José Manuel, tenga por planteada la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la de exigencia de demanda previa o simultánea exigida por el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y por contestada la demanda deducida de contrario, y tras los trámites legales, se sirva dictar sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada, y con expresa imposición de costas a la parte actora».

La representación de D. Justiniano, D. Lucio y D. León, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dicte en su día sentencia por la que, a virtud de la falta de acción de la demandante para promover estas actuaciones en nombre de su hijo D. José Manuel, por las excepciones de falta de litis consorcio pasivo necesario, y de ausencia de previa o simultánea acción de nulidad de las inscripciones registrales existentes y en todo caso por las consideraciones que afectan al fondo del asunto, desestime íntegramente la demanda y absuelva a mis representados de todos los pedimentos que se contienen en su súplica, con expresa condena a la demandante de todas las costas que se originen en el procedimiento».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sevilla dictó Sentencia, con fecha 25 de julio de 2005, estimando la demanda.

En grado de apelación la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 30 de diciembre de 2006 desestimando el recurso.

D. Justiniano, D. León, D. Lucio, D.ª Magdalena y D.ª Marina interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de 1.ª instancia núm. 8 de Sevilla estimó la demanda señalando que el verdadero litigio consistía en el reconocimiento del derecho del actor a ser llamado a la herencia del testador. Negaba que el hecho de que en una sucesión existieran diversos llamamientos sucesivos a una misma porción hereditaria, implicase forzosamente la sustitución fideicomisaria; al tratarse de una excepción a la norma general, debía interpretarse la voluntad del testador, especialmente «cuando queda clara su voluntad de conservar los bienes hasta que lleguen a un destinatario determinado, aunque no concreto al tiempo del fallecimiento del testador». Después de examinar las instituciones testamentarias, llega a la siguiente conclusión: «[...] el testador no instituyó herederos a los usufructuarios ni los sometió a condición alguna, por lo que el artículo 759 CC invocado como justificación para privar de la herencia al hoy actor no es de aplicación, pues su padre don Ambrosio premuerto al usufructuario doña Berta de la que procedieron los bienes hoy controvertidos, nunca fue ni podía ser, ni sería heredero o legatario (*sic*) en sentido dominical por lo que, a los efectos de transmitir los bienes al hoy actor, es irrelevante que muriera o no antes que la señora Berta, dado que ese precepto se refiere al heredero o legatario premuerto al cumplimiento de la condición y el señor Luis María nunca iba a tener esa consideración. [...] siendo que el hoy actor es hijo de don Ambrosio, nieto de don Luis María, es heredero directo y por derecho propio del testador y, no habiendo premuerto ni a su padre como usufructuario ni a la señora Berta como también usufructuaria, tiene igual derecho a adquirir la porción hereditaria que lo han hecho sus primos hoy codemandados».

El recurso de apelación que interpusieron los demandados fue desestimado utilizando la Audiencia Provincial los siguientes argumentos jurídicos: a) «todas las partes coinciden en afirmar que era mantener los bienes en los parientes más próximos posible durante varias generaciones» la finalidad que se había buscado con la creación del fideicomiso; b) el testador «estableció un orden de llamamientos, no unos llamamientos condicionales, a partir de los hermanos José Ignacio, Marina y Magdalena, y el único condicional lo fue respecto de Berta, pero no para que se produjera el derecho de los hermanos Magdalena, José Ignacio y Marina y que éstos lo transmitieran a quienes resultaran ser sus herederos, sino para que entrase en juego el orden sucesivo de llamamientos querido por el testador hasta alcanzar aquél en quien quiso que se diera la consolidación de la nuda propiedad, a saber los nietos de los hermanos Magdalena, José Ignacio y Marina»; c) la interpretación de la voluntad del testador lleva a concluir que éste «ha pretendido consolidar la propiedad de los bienes en tránsito, primero en Berta y sus descendientes legítimos, y en segundo lugar, a falta de los mismos, en los nietos de sus sobrinos nietos los hermanos Magdalena, José Ignacio y Marina, uno de cuyos nietos es precisamente el actor, y que, por tanto, habría dispuesto una sustitución pura, no condicionada, puesto que no se observa diferencia entre el derecho sucesorio de los propios hermanos Magdalena, José Ignacio y Marina que premurieron a la fideicomisaria Berta, el padre del actor que también le premurió [...] y se predica la sustitución pura de los demandados respecto de Luis María, pese que éste premurió a Berta, de igual manera puede predicarse la sustitución del actor respecto de su padre que también premurió a la referida Berta».

En el recurso de casación denuncian los recurrentes la infracción del artículo 675 CC y la doctrina contenida en diversas sentencias de esta Sala, que impone estar al contenido real y obje-

tivo de las disposiciones testamentarias, entendidas de modo que sean eficaces. Dividen los recurrentes este motivo en diversos apartados, que se van a enunciar aquí solamente, por la extensión del motivo y del propio recurso. Dicen los recurrentes en el apartado a) que la sentencia recurrida no facilita una versión coherente y total del mecanismo querido y por ello ha transgredido la eficacia de las disposiciones testamentarias; en el apartado b) señalan que la superposición y conmixtión de órdenes de llamamientos de generaciones distintas, sumada a la representación o la sucesión por estirpes, carece de todo fundamento en el testamento y es inconsistente con el contenido de sus disposiciones, todo ello, en relación con los artículos 1283 y 1286 CC; en el apartado c) denuncian que es inadmisible la tesis del usufructo sin atribución de nuda propiedad, en relación con el artículo 750 CC, y finalmente, en el apartado d) se remarca el carácter condicional y conjunto con que se dispuso el segundo llamamiento sustitutivo en relación con los artículos 759, 766 y 982.1 CC.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo.

La complejidad de las disposiciones testamentarias relativas al legado de usufructo establecidas en el testamento ológrafo del causante redactado en 1889 y modificado en 1891 presenta, en primer lugar, un problema de interpretación. Ahora bien, los recurrentes reproducen aquí gran parte de los argumentos que figuran en los anteriores motivos y pretenden que se acepte una nueva interpretación, más adecuada a sus intereses.

A) Interpretación de la cláusula debatida. Hay que recordar la doctrina de esta Sala relativa a la competencia en materia de interpretación testamentaria, que se ha considerado siempre que corresponde al juzgador de instancia. La declaración de voluntad del testador es el objeto de la interpretación y al ser expresada siempre con palabras, requiere determinar si el sentido aparente coincide con el real y si bien el intérprete no puede suplir la voluntad testamentaria, lo que sí puede y debe hacer es aclarar, con criterios objetivos, lo que aparece oscuro en una disposición. Pero ello debe hacerse después de examinar la disposición debatida y calibrar si la cláusula o la disposición que se cuestiona resultan verdaderamente oscuras.

Debemos resaltar lo siguiente: a) se trata únicamente de determinar si la cláusula testamentaria contenía o no un llamamiento a los que se disputan en este pleito la titularidad del legado, de modo que no interesan en este momento las vicisitudes por las que el legado ha ido pasando, y b) para ello se debe examinar antes que nada la literalidad de la disposición; sólo si ésta no resulta clara, deberemos proceder a utilizar otros medios, para fijar su sentido.

En lo que interesa en este pleito, hay que determinar, por tanto, si los nietos de D. Luis María, entre los que se encuentra el actual demandante recurrido, estaban o no llamados a la sucesión en el legado en cuestión. En este punto el testador dijo: Si don Carlos María y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiere correspondido pasará en usufructo a don Luis María y sus hijos legítimos y la plena propiedad a los hijos legítimos de éstos, o sea los nietos de don Luis María. Es decir, éstos cerraban las sucesivas transmisiones y consolidaban el usufructo y la nuda propiedad y como se puede comprobar del texto reproducido, se efectuaba un llamamiento expreso a dichos nietos, de modo que en este aspecto pocas dificultades de interpretación ofrece la citada cláusula. De todo ello debe deducirse que la sentencia recurrida resulta correcta en cuanto reconoce el derecho del demandante al legado, puesto que siendo nieto de D. Luis María, estaba directamente llamado en el testamento, independientemente de que su padre hubiese o no premuerto. En definitiva, el llamamiento fue efectuado a los nietos de D. Luis María, es decir, al recurrido, entre otros, quien adquirió por derecho propio como consecuencia del llamamiento del testador a su favor la parte correspondiente de los bienes legados.

Por tanto, los recurrentes ofrecen en esta parte del motivo una interpretación propia que contrasta con la ofrecida por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida y que sólo podría ser admitida por la Sala como causa de la casación en el caso de que tratase de una interpretación absurda, lo que no ocurre a la vista del texto de la disposición testamentaria.

Esta solución debería eximir a la Sala de entrar en el examen del resto de los argumen-

tos del motivo cuarto, pero parece conveniente su estudio.

B) La cuestión de los usufructos sucesivos sin atribución de propiedad. El segundo problema que se va a examinar es el relativo a la disposición efectuada en forma de usufructos sucesivos, sin atribuir la nuda propiedad a nadie hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos de D. Luis María. La institución de usufructos sucesivos aparece expresamente admitida en el artículo 787 CC, que se remite a lo dispuesto en el artículo 781 CC y que se asemeja a las históricas instituciones en usufructo, que han dado lugar desde antiguo a distintas interpretaciones, para evitar que no existiera un heredero en la sucesión y hubiera que abrir la sucesión intestada, en aquellos sistemas en los que rige el principio de la incompatibilidad entre sucesión testada e intestada. A esta finalidad responden los artículos 411-3.2, 423-5.3 y 425-3.3 del Código civil de Cataluña.

No puede acusarse a la sentencia recurrida de efectuar una distinción imposible entre los llamados en usufructo y los llamados como propietarios, porque ni esto es imposible, ni resulta contrario a la voluntad del testador. Otra cosa son los remedios que la legislación establezca en estos casos, pero no puede dudarse que la institución en usufructos sucesivos es posible, está prevista en el artículo 787 CC, que se remite a lo dispuesto para las sustituciones fideicomisarias y nunca se ha planteado en este litigio la problemática técnica relativa a las soluciones que deban darse a la nuda propiedad.

C) Los llamamientos condicionales. El testador efectuó una serie de llamamientos, algunos ciertamente condicionales, y otros directos. Pueden aquí barajarse las teorías de las instituciones condicionales si *sine liberis decesserit* y de los hijos puestos en condición, como efectúan los recurrentes en los motivos primero y tercero de este recurso. Pero hay que reconocer que llega un momento en que el testador fija el final de los llamamientos sucesivos, que acabarán en los nietos de D. Luis María o D. Carlos María. Los nietos no están llamados condicionadamente, sino previstos directamente por el testador: los anteriormente llamados lo están para conservar los bienes a fin de que lleguen a este punto y por esto, en relación a dichos nietos, no puede hablarse de condiciones de ningún tipo, puesto que se efectúa un llamamiento directo y además, libre. Es por ello que esta Sala está de acuerdo con la argumentación de la sentencia recurrida que se ha reproducido en el Fundamento primero y que concluye que para dichos llamados, nietos de D. Luis María, habría el testador establecido una sustitución pura y no condicionada. No son aplicables, en consecuencia, las disposiciones sobre instituciones condicionadas, es decir, el artículo 759 CC, citado tanto en el motivo cuarto, como en el motivo tercero.

El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 781 CC porque la admisión del actor, nieto de D. Luis María, como legatario constituye una transgresión del límite de grados establecido en dicho artículo, lo que comporta la pérdida de eficacia del llamamiento fideicomisario.

También se desestima este motivo. El artículo 781 CC dice: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador». La problemática jurídica se ha planteado siempre en relación con la interpretación de la palabra «grado» y la jurisprudencia ha entendido que dicho artículo admite llamamientos sucesivos a personas vivas y dos más a personas que no vivan al tiempo de abrirse la sucesión (STS 5 de abril de 1934). La importante sentencia de esta Sala de 23 de junio de 1940 interpretó el artículo 781 CC en los siguientes términos: «Que la tradición jurídica viene dando a la palabra "grado" el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la "Instituta" —proemio del Título decimoquinto del Libro segundo—, al decir que "puede cualquiera establecer en su testamento muchos grados de herederos, como, por ejemplo, si aquél no fuese mi heredero, sea heredero éste, y puede el testador sustituir así sucesivamente en cuanto quisiere", no menos que el Digesto —proemio del primer fragmento del Título sexto, Libro 28—, donde se lee: "los herederos se dicen instituidos o sustituidos, instituidos en el primer grado, sustitui-

dos en el segundo o en el tercero"; y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña, donde refiriéndose a la de los hijos entre sí, son frecuentes las expresiones "de grado en grado, por orden preferente de primogenitura y masculinidad"; sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de "llamamiento", pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas. CONSIDERANDO. Que dentro del Código Civil, el artículo 781 es el patrón de las ordenaciones a que se refieren los artículos 640, 785 y 787 del mismo Cuerpo Legal; y como el referir "grado" a "parentesco" lleva la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de estos preceptos y la del propio artículo 781, haciéndola casi ilusoria, lo cual es inadmisible por absurdo, se impone adoptar la norma de hermenéutica que aconseja atender a la conexión de las diversas partes de la Ley, armonizando unos con otros los artículos que hayan de aplicarse, en combinación con los demás de la misma materia en el extremo a decidir, con la cual norma y entendiendo que son grados de sustitución los del artículo 781 se hace posible la eficaz aplicación de todos estos preceptos legales».

Así la jurisprudencia ha interpretado la expresión «grado» en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial. Por tanto, ha excluido la interpretación que mantienen los recurrentes.

En este caso, se han producido dos transmisiones, es decir, la de D.ª Berta y el segundo llamamiento fue a los hijos de D. José Manuel que vivieran al tiempo de la muerte de D.ª Berta, que actúan como sustitutos vulgares de éste y el sustituto vulgar no consume grado, por encontrarse en el mismo lugar de su premuerto.

El motivo quinto señala la infracción del artículo 38.2 LH, que exige la declaración previa o simultánea de la nulidad o cancelación de las inscripciones de dominio u otros derechos reales contradictorios con el derecho que se ejercita, en relación con el primer párrafo del propio artículo 38 LH y con la doctrina jurisprudencial que obliga a instar previa o simultáneamente la nulidad de los actos jurídicos contradictorios con el derecho ejercitado.

El motivo se desestima.

Los recurrentes han venido reproduciendo esta cuestión en todas las instancias desde que la opusieron como excepción. La sentencia de 1.ª Instancia desestimó dicha excepción, que fue también desestimada en la sentencia que ahora se recurre.

La jurisprudencia de esta Sala ha flexibilizado la aplicación del artículo 38.2 LH, como señala la Sentencia de 14 de marzo de 2000, que dice: «Ya en sentencias de 3 de abril de 1956 y 22 de abril de 1970 declaró esta Sala que, de no haber terceros interesados, es decir, si el juicio se ventilaba únicamente entre quienes figuraban en el asiento registral, la omisión en la demanda de la petición expresa de nulidad o cancelación de la inscripción registral no impedía su admisión ni su estimación, porque era posible pedir la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia, doctrina que se reitera en la Sentencia de 5 de mayo de 1986 y desde el año 1989 es constante la jurisprudencia que flexibiliza racionalmente el requisito del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria interpretándolo en el sentido de entender implícita la petición de nulidad o cancelación del asiento registral cuando en la demanda se ejercite una acción contradictoria del dominio inscrito (Sentencias de 26 de enero, 24 de abril y 3 de junio de dicho año 1989, cuya doctrina se reitera por otras muchas, como las de 9 de octubre de 1995, 18 de marzo de 1997 y 7 de octubre de 1998, y se mantiene por las más recientes de 1, 15 y 26 de febrero de 1999 y 20 de septiembre del mismo año)».

Siendo precisamente el del litigio entre los familiares el objeto de este recurso de casación, hay que considerar reproducidos aquí los argumentos de la sentencia citada para rechazar el presente motivo.

CUESTIONES PENALES

Se condena por un delito de insolvencia punible al haber otorgado capitulaciones matrimoniales con la única finalidad de evitar hacer frente a la deuda contraída por uno de los cónyuges sustrayendo bienes a la ejecución posible de la acreedora.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 6 de abril de 2010

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de Instrucción número 5 de Valencia, instruyó Procedimiento abreviado con el número 181/2006, contra Virtudes y Felicísimo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 5.ª que, con fecha 5 de junio de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: Virtudes, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaba el año 2004 a la mediación inmobiliaria, trabando conocimiento con Eulalia a finales de dicho año, con ocasión de interesarse Eulalia por la compra de unas parcelas en el término municipal de Gilet, propiedad de Saturnino, cuya venta estaba gestionando la señora Virtudes. En el mes de diciembre del año 2004, Virtudes, conociendo la capacidad económica de Eulalia, pidió a ésta un préstamo de 24.000 euros, asegurando que se lo devolvería. Eulalia le entregó el 17 de diciembre de 2004 en una oficina de BANCAJA los 24.000 euros, dándole Virtudes por su parte a Eulalia, un cheque de fecha de 24 de diciembre de 2004, por importe de 24.000 euros, a modo de garantía de devolución, contra una cuenta de la que era titular su esposo Felicísimo, mayor de edad, sin antecedentes penales, y en la que había estado Virtudes autorizada a disponer, pero en la que el esposo había desautorizado a Virtudes el 20 de abril de 2004, sin que conste acreditado que ésta fuera consciente de dicha desautorización. Tras resultar impagado el cheque, que fue devuelto por el banco, fue sustituido el mismo de inmediato por una letra de cambio, por la que Eulalia prorrogó la devolución del préstamo de 24.000 euros hasta el 30 de marzo de 2005, venciendo dicha fecha sin obtener el cobro. A la vista de los impagos, se presentó por la representación procesal de Eulalia escrito solicitando diligencias preliminares que correspondieron al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia, que fijó el día 26 de mayo de 2005, para la declaración de Virtudes, procediendo el mismo día Virtudes y su esposo Felicísimo, puestos de común acuerdo, a otorgar capitulaciones matrimoniales, para evitar hacer frente a la deuda contraída con Eulalia, adjudicándose Felicísimo una vivienda en la CALLE001 núm. NÚM000 y plaza de garaje, que no se encontraba gravada con carga alguna, y Virtudes se adjudicó una vivienda en la CALLE002 núm. NÚM001, que sí estaba gravada con una hipoteca a favor de la entidad LA CAIXA, y volvió Virtudes a hipotecar por dos veces, el día siguiente 27 de mayo de 2005 por 25.760 euros de principal a favor de Enrique y el 14 de junio de 2005 otra hipoteca por 29.325 euros, a favor del mismo supuesto acreedor, de lo que resultaba que la vivienda adjudicada carecía de valor efectivo para hacer frente a las deudas contraídas, desconociéndose el destino dado a los préstamos con garantía hipotecaria recibidos días después de adjudicarse la vivienda. Finalmente, el 16 de diciembre de 2005, Virtudes otorgó escritura de venta de la vivienda adjudicada de la CALLE002

NÚM001, haciendo constar un precio de 90.000 euros, muy inferior al precio real. Asimismo, el 6 de junio de 2006, Virtudes adquirió una vivienda sita en la calle Ruaya de Valencia, por importe de 144.000 euros, según escritura otorgada, hipotecándola inmediatamente ese mismo día, a favor del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, en garantía de un préstamo que dicha entidad había concedido a terceros, los consortes Torcuato y Natalia, respondiendo de un principal superior al valor declarado, por importe de 168.000 euros.

La Sec. 5.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 5 de junio de 2009 con el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Virtudes y a Felicísimo, como autores criminalmente responsables de un delito de insolvencia punible, a las penas de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 10 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y al pago de la mitad de las costas de este procedimiento, incluidas las de la acusación particular, procediendo declarar la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales celebrada el 26 de mayo de 2005.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se estructura en diecisiete motivos que se concentran en la alegación de quebrantamientos de forma, errores de hecho, vulneración de derechos fundamentales y posibles infracciones de derecho. Comenzaremos, por razones sistemáticas por el motivo por quebrantamiento de forma.

1. El quebrantamiento de forma se plantea por no haber resuelto la sentencia todas las cuestiones planteadas en el inicio del juicio oral. El motivo primero recuerda que al comienzo de las sesiones del juicio oral solicitó la suspensión del mismo por no acceder a la cuestión prejudicial civil, que estimaba concurrente. Considera que la deuda que da lugar al alzamiento de bienes era ganancial y que la acreedora podía haber instado reclamación judicial declarando la nulidad de la liquidación de la sociedad.

2. Las cuestiones prejudiciales condicionan la resolución de la cuestión penal sometida a enjuiciamiento, pero no siempre producen el efecto de paralizar la investigación de hechos que tiene un perfil delictivo. Por lo general, la jurisdicción penal tiene carácter preferente y atractivo para solventar cuestiones que tengan un componente civil o contencioso-administrativo. Este principio rige también en este caso ya que nos encontramos ante unos hechos y relaciones jurídicas que pueden ser abarcados de forma plena por la jurisdicción penal. Se trata de una deuda reclamada por la vía de la jurisdicción civil que, una vez activada, pone en marcha una serie de operaciones por parte del recurrente, encaminadas a eliminar bienes del patrimonio deudor con objeto de sustraerse al cumplimiento de su obligación.

3. El planteamiento de esta cuestión tiene su cauce marcado desde los orígenes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la vía de los artículos de previo pronunciamiento. También instarla por la vía de la nulidad de actuaciones. Con posterioridad, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 10, refuerza la preferencia del orden jurisdiccional penal para resolver, en principio, de la mayoría de las cuestiones civiles y de otra naturaleza que puedan estar en relación de conexidad con el objeto central del proceso penal. Con mayor fuerza, se mantiene esta previsión en los casos de insolvencia punible en su versión tradicional del alzamiento de bienes en la que el juez penal puede y debe incluso acordar la nulidad de las relaciones jurídicas realizadas para impedir o dificultar el cobro de la cantidad adeudada.

4. El fundamento de derecho cuarto da cumplida respuesta a la cuestión jurídica planteada al declarar que es necesario restaurar el orden jurídico alterado por las acciones fraudulentas, declarando la nulidad de los negocios jurídicos otorgados, con la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, reponiendo los inmuebles objeto de disposición a la situación jurídica preexistente, reintegrando al patrimonio del deudor los bienes indebidamente sustraídos del mismo. Específicamente se refiere a la nulidad de las capitulaciones matrimoniales dejando a salvo los bienes adquiridos por terceros de buena fe. En consecuencia, se ha dado cumplida respuesta a las pretensiones de la parte recurrente.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

En este bloque analizaremos los numerosos motivos formalizados por la vía del error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. En el motivo segundo esgrime que el cheque se entregó inicialmente como pago de la deuda, ya que la fecha de presentación al pago y la fecha de devolución se fija en el 21 de enero de 2005 y la fecha de libramiento de la letra es anterior (12 de enero de 2005), lo que convierte en errónea la afirmación fáctica que declara que devuelto el cheque fue sustituido inmediatamente por una letra de cambio. El error no es tal, ya que lo esencial es que se sustituyó el cheque por una letra de cambio (hecho incontrovertido) siendo indiferente la fecha del libramiento, ya que incluso pudiera estar prevista ante la decisión de no pagar el cheque.

2. El motivo tercero invoca las Diligencias Preliminares que activan la demanda de reclamación de la cantidad en la que, según el recurrente, se pone de relieve que el cheque se libró con fecha 24 de diciembre de 2004 y, según su posición, eso demuestra que se entregó a la querellante en dicha fecha. Aun admitiendo este extremo, no se puede olvidar que lo verdaderamente sustancial es que el cheque se entregó como garantía del pago de la deuda, por lo que las vicisitudes posteriores en nada alteran al núcleo de los hechos probados.

3. El motivo cuarto es desconcertante, porque pone en duda que se realizase el préstamo ya que, según su versión, la cantidad no se entregó en metálico sino por medio de un cheque bancario. Esta afirmación no puede poner en duda el hecho cierto del préstamo de la cantidad que se expresa en el relato fáctico, como pone de relieve el resto de la prueba y las actividades realizadas para tratar de eludir su pago.

4. Los motivos quinto y sexto insisten en alegar la fecha del libramiento, vencimiento, libradores, domicilio de pago y librados. Todos estos datos para nada influyen en la realidad de los hechos probados. Quien haya sido la persona que rellenó la letra resulta absolutamente indiferente. Una vez más desliza la alegación sobre la secuencia de las fechas del cheque y de la letra de cambio.

5. El motivo séptimo esgrime el poder otorgado a favor de la condenada para realizar las operaciones plasmadas en las escrituras de compraventa que, según su criterio, pone de relieve que la intervención no tenía por objeto eludir el pago de la deuda. Es más, insiste en que la deuda no existía. Los documentos invocados en nada afectan a la validez del hecho probado.

6. El motivo octavo hace referencia, según el recurrente, al documento que contiene los antecedentes sobre la obligación de pago de la comisión a la esposa del recurrente como mediadora en la operación de compraventa, de 24 de diciembre de 2004. El motivo, una vez más, carece de contenido casacional, a los efectos de los hechos incriminados, resulta indiferente a quien se le han pagado las comisiones por la venta.

7. El motivo noveno se apoya en una serie de documentos que se contienen a los folios 10 a 24 de las actuaciones que, según el recurrente, acreditan la existencia de una serie de cargas que constituían en una hipoteca sobre un piso y una plaza de garaje. No existe objeción alguna para admitir esta circunstancia, pero lo que se está persiguiendo es la frustración de cobro mediante una serie de operaciones tendentes a vaciar el patrimonio. Por ello, el dato resulta indiferente.

8. El motivo décimo esgrime una escritura pública de venta de terrenos a la querellante que, según sostiene, incumplió las condiciones por las que adquirió dichos terrenos que determinan la resolución del contrato. Es necesario insistir en que lo sustancial es la existencia de la deuda

y las maniobras para eludir su pago lo que en absoluto afecta al relato de hechos.

9. El motivo undécimo introduce un documento relativo a la resolución del contrato de venta de parcelas por parte de la querellante. Nada tenemos que objetar al documento, pero su contenido es inane en relación con los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

10. El motivo duodécimo versa sobre la escritura de la disolución de la sociedad de gananciales que acreditan que el recurrente recibió bienes y cargas. Una vez más, no alcanzamos a comprender el propósito del recurrente ya que lo sustancial es la evasión de bienes para evitar el pago de la deuda.

11. El motivo decimotercero vuelve a insistir en la inclusión de datos periféricos como los relativos a las condiciones de la venta del piso. Sea cual sea su contenido, insistimos, una vez más, que nada tiene que ver con los hechos enjuiciados.

12. El motivo decimocuarto reitera la solicitud de la inclusión de datos relativos a las condiciones de adquisición del piso por parte de la acusada, esposa del recurrente. Lo verdaderamente relevante no es el dato solicitado, sino el hecho probado que acredita que inmediatamente fue hipotecado.

Por lo expuesto todos los motivos deben ser desestimados.

En el motivo decimoquinto se invoca el derecho a la presunción de inocencia.

1. Sostiene que el recurrente en nada ha intervenido, limitándose a ejercer su empleo en la banca. Es más, desautorizó a su esposa en el manejo de la cuenta corriente y firmó las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales. Todo ello acredita, según su tesis, que sólo trataba de salvar su patrimonio frente a las actividades inmobiliarias que llevaba a cabo su esposa.

2. Pretende acreditar un cierto alejamiento y desinterés por las actividades de su esposa. Lo cierto y así lo valora como probado la sentencia, es que cronológicamente se concierta primero el préstamo (17 de diciembre de 2004) y esa deuda no se incluye en la relación patrimonial en la escritura de división del patrimonio (26 de mayo de 2005). En el momento de la división de la sociedad de gananciales, ya había vencido la letra que la acusada aceptó para el pago de la deuda.

3. Los razonamientos de la sentencia sobre el conocimiento que el recurrente tenía de la deuda son concluyentes. Valora todo el material probatorio, incluida la escasa consistencia de la declaración de la esposa y de los testigos. No duda en considerar que las operaciones de pago (cheque y letra) eran una maniobra para dilatar el pago y pone en marcha las operaciones de vaciamiento patrimonial con el objetivo de colocarse en insolvencia. Explica todo lo que hemos venido examinando y, sobre todo, la venta de bienes seguida de la adquisición de otros y la inmediata constitución de hipoteca, todo ello siendo consciente de la deuda existente. Llama la atención sobre la coincidencia cronológica entre la citación al juzgado civil y el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Creemos que ha existido actividad probatoria y suficientemente incriminatoria.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

Nos queda por examinar, y lo haremos en un solo apartado, los dos motivos por error de derecho al estimar incorrectamente calificados los hechos.

1. El motivo decimosexto considera indebidamente aplicado el artículo 257, en relación con los artículos 5 y 10, todos ellos del Código Penal, ya que en modo alguno cabe atribuir al recurrente conducta u actividad alguna realizada de forma personal y directa que integre el tipo delictivo de la insolvencia punible en su modalidad clásica del alzamiento de bienes. Introduce en el debate, a pesar de su promesa de respetar el hecho probado, algunas matizaciones fácticas que no pueden ser tomadas en consideración.

2. En definitiva, no discute el denominado tipo objetivo, pero sí cuestiona su participación intencional y dolosa en el mismo. Los hechos probados estiman, por el contrario, que ambos cónyuges puestos de común acuerdo otorgaron las capitulaciones matrimoniales (recordamos que en el momento en que son citados al juzgado civil) para evitar hacer frente a la deuda contraida y sustraer bienes a la ejecución posible de

la acreedora, lo que configura su participación principal y directa en la operación de vaciamiento patrimonial frente a la acreedora.

3. El motivo decimoséptimo introduce el tema de la vulneración, por aplicación indebida, del artículo 257. Refuerza su alegato al relacionar la interpretación de dicho precepto con los artículos 1365, 1401 y 1402 del Código Civil. Con ello pretende mantener, a pesar del contenido del hecho probado, que fue ajeno a cualquier deuda contraída por su esposa. Se aparta del hecho probado sosteniendo que no se trataba de una deuda, sino que correspondía a una comisión que le era debida, lo que no es posible valorar en este momento.

4. En todo caso, los artículos del Código Civil que se citan refuerzan la responsabilidad de la sociedad de gananciales frente a las deudas contraídas por un cónyuge (artículo 1365). Los otros dos preceptos (artículos 1401 y 1402) vienen a confirmar la responsabilidad de la sociedad de gananciales que abarca incluso al cónyuge no deudor. En realidad, lo que estamos contemplando nítidamente es una maniobra conjunta del recurrente y su esposa para situarse en situación de insolvencia frente a las reclamaciones de la acreedora.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados.

Denunciada la esposa por apropiación indebida se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 del CP porque cuando se produjo la acción objeto de esta causa no se encontraban separados legalmente ni de hecho y tampoco en proceso de separación, divorcio o nulidad, siendo indiferente que la pareja estuviese en crisis, pues seguían compartiendo el mismo domicilio.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de instrucción número 11 de Madrid instruyó procedimiento abreviado número 2315/2007, por delito de estafa a instancia del Ministerio Fiscal y de D. Óscar como acusador particular y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de esta ciudad cuya sección cuarta dictó Sentencia en fecha 4 de febrero de 2010 con los siguientes hechos probados: «El día 13 de junio de 2006, D.ª Berta, mayor de edad y sin antecedentes penales, con intención de obtener los fondos que su esposo Óscar tuviera a su nombre, en la entidad ING DIRECT, y aprovechándose del conocimiento que tenía de los datos de filiación del mismo, realizó una llamada a dicha entidad, haciéndose pasar por éste, y como quiera que comprobó que el mismo había dispuesto previamente de un montante aproximado a 68.400 euros correspondiente a la sociedad de gananciales, ordenó una transferencia por importe de 35.000 euros, prácticamente todo el metálico que se encontraba en la cuenta, de la que Óscar era titular único, número NÚM007, a la cuenta número NÚM008 de la que D.ª Berta era titular única, incorporando dicha cantidad a su patrimonio. En la época en que ocurrieron los hechos, se encontraba vigente el vínculo conyugal, que se regía por el sistema de gananciales, conviviendo ambos cónyuges en el mismo domicilio, iniciándose los trámites de divorcio el día 15 de noviembre del mismo año, que puso fin a 28 años de matrimonio».

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Por concurrencia de la excusa absolutoria entre parientes, debemos declarar y declaramos exenta de pena a la acusada Berta por la estafa realizada, con reserva de las acciones civiles correspondientes a Óscar, con declaración de oficio de las costas causadas».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849,2.º LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demostrarían la equivocación del juzgador. Al respecto, se cita el auto de la Sección 15.ª de la Audiencia de Madrid, de 24 de noviembre de 2008; el recurso de apelación contra el auto de 14 de agosto de 2008, del Juzgado de Instrucción 11 de Madrid; el recurso de reforma de 12 de junio de 2008 contra el auto del Juzgado de Instrucción 11 de 4 del mismo mes; autos de 9 de junio de 2006 del Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 1 de Madrid; auto de 10 de septiembre de 2006 del Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid; la demanda de divorcio aportada por la defensa de la acusada en esta causa y los folios 21 y 22 de la misma. Todos destinados a acreditar que el vínculo matrimonial entre los cónyuges no se encontraba vigente en la época de los hechos.

Pero tiene razón el Fiscal cuando señala que la acción denunciada data del 13 de junio de 2006, la demanda de divorcio se presentó el 15 de noviembre del mismo año y el resto de los documentos son preferentemente de 2008, de todo lo que se infiere que el matrimonio, cuando tuvo lugar aquel acto de disposición estaba en crisis, y esto no impedía que los implicados continuasen compartiendo el mismo domicilio.

Por tanto, ni siquiera introduciendo este extremo en el relato de hechos probados, éstos dejarían de ser subsumibles en el precepto del artículo 268 CP, porque el ahora recurrente y la recurrida, cuando se produjo la acción objeto de esta causa no se encontraban separados legalmente ni de hecho y tampoco en proceso de separación, divorcio o nulidad.

Así, puede estarse de acuerdo en que, dicho en lenguaje coloquial y de la forma que lo expresa el propio impugnante, en el momento de referencia la pareja estuviera «rota». Pero de una clase de ruptura que, a tenor de la norma con la que se opera no constituía obstáculo legal para la aplicación de la excusa absolutoria.

En consecuencia, el motivo no puede estimarse.

Lo objetado ahora es infracción de ley, de las del artículo 849,1.º LECrim, y en concreto, se dice, de los artículos 268 y 120,3.º CP. El argumento es que la exención de la responsabilidad penal que prevé el primero de los preceptos citados no lleva consigo la de la responsabilidad civil, que tendría que haber sido declarada; así como la subsidiaria de ING Direct, que contempla el segundo que se invoca. El Fiscal ha apoyado el motivo, al entender que habría base probatoria para ambos pronunciamientos; en el caso del segundo por considerar que la entidad debería hacerse cargo de las consecuencias de la práctica bancaria que consiste en remitir la clave de acceso a la cuenta sin tomar la precaución de que la reciba exclusivamente el titular.

Pero ocurre que este dato no está en los hechos, en los que sólo figura que la acusada conocía la clave, lo que bien podría explicarse por cualquier otra causa, dado que se trata de personas que habían convivido durante años.

De otro lado, sí consta en aquéllos, y es algo que la sala de instancia ha tomado en consideración, que el denunciante había extraído con anterioridad de la misma cuenta fondos de origen ganancial por un importe casi dos veces superior al aquí contemplado; circunstancia tenida en cuenta para el fallo y que hace razonable que éste se limite a la cuestión penal, más cuando el derecho del ahora recurrente está de sobra garantizado, dado el monto de ese otro acto de disposición; los dos interesados tendrán que disolver o habrán ya disuelto la sociedad de gananciales; y existe plena constancia de que las dos sumas de referencia forman parte de esa masa patrimonial.

Es por lo que este motivo tampoco debe acogerse.

Se ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849.2.º LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demostrarían la equivocación del juzgador. Al respecto, se cita el auto de la Sección 15.ª de la Audiencia de Madrid, de 24 de noviembre de 2008; el recurso de apelación contra el auto de 14 de agosto de 2008, del Juzgado de Instrucción 11 de Madrid; el recurso de reforma de 12 de junio de 2008 contra el auto del Juzgado de Instrucción 11 de 4 del mismo mes; autos de 9 de junio de 2006 del Juzgado de Violencia contra la Mujer núm. 1 de Madrid; auto de 10 de septiembre de 2006 del Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid; la demanda de divorcio aportada por la defensa de la acusada en esta causa y los folios 21 y 22 de la misma. Todos destinados a acreditar que el vínculo matrimonial entre los cónyuges no se encontraba vigente en la época de los hechos.

Pero tiene razón el Fiscal cuando señala que la acción denunciada data del 13 de junio de 2006, la demanda de divorcio se presentó el 15 de noviembre del mismo año y el resto de los documentos son preferentemente de 2008, de todo lo que se infiere que el matrimonio, cuando tuvo lugar aquel acto de disposición estaba en crisis, y esto no impedía que los implicados continuasen compartiendo el mismo domicilio.

Por tanto, ni siquiera introduciendo este extremo en el relato de hechos probados, éstos dejarían de ser subsumibles en el precepto del artículo 268 CP, porque el ahora recurrente y la recurrida, cuando se produjo la acción objeto de esta causa no se encontraban separados legalmente ni de hecho y tampoco en proceso de separación, divorcio o nulidad.

Así, puede estarse de acuerdo en que, dicho en lenguaje coloquial y de la forma que lo expresa el propio impugnante, en el momento de referencia la pareja estuviera «rota». Pero de una clase de ruptura que, a tenor de la norma con la que se opera no constituía obstáculo legal para la aplicación de la excusa absolutoria.

En consecuencia, el motivo no puede estimarse.

Lo objetado ahora es infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim, y en concreto, se dice, de los artículos 268 y 120.3.º CP. El argumento es que la exención de la responsabilidad penal que prevé el primero de los preceptos citados no lleva consigo la de la responsabilidad civil, que tendría que haber sido declarada; así como la subsidiaria de ING Direct, que contempla el segundo que se invoca. El Fiscal ha apoyado el motivo, al entender que habría base probatoria para ambos pronunciamientos; en el caso del segundo por considerar que la entidad debería hacerse cargo de las consecuencias de la práctica bancaria que consiste en remitir la clave de acceso a la cuenta sin tomar la precaución de que la reciba exclusivamente el titular.

Pero ocurre que este dato no está en los hechos, en los que sólo figura que la acusada conocía la clave, lo que bien podría explicarse por cualquier otra causa, dado que se trata de personas que habían convivido durante años.

De otro lado, sí consta en aquéllos, y es algo que la sala de instancia ha tomado en consideración, que el denunciante había extraído con anterioridad de la misma cuenta fondos de origen ganancial por un importe casi dos veces superior al aquí contemplado; circunstancia tenida en cuenta para el fallo y que hace razonable que éste se limite a la cuestión penal, más cuando el derecho del ahora recurrente está de sobra garantizado, dado el monto de ese otro acto de disposición; los dos interesados tendrán que disolver o habrán ya disuelto la sociedad de gananciales; y existe plena constancia de que las dos sumas de referencia forman parte de esa masa patrimonial.

Es por lo que este motivo tampoco debe acogerse.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Junto al difícil entendimiento de los padres y una grave conflictividad, se une un problema de lealtades entre la hija que convive con el padre y las otras dos hijas que lo hacen con la madre y que ocasiona un importante estrés en una de éstas, por lo que no se considera acertado instaurar como modelo la custodia compartida.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Valls Gombau**

El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del artículo 477.1 LEC, con vulneración de los artículos 76.1.a) y 82.2 del Código de Familia aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio (en lo sucesivo, CF), al no mantener la situación de guarda y custodia compartida respecto de las dos menores y de la infracción de la jurisprudencia de esta Sala de 31 de julio y 5 de septiembre de 2008, y 25 de junio de 2009.

1. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado —SSTSJC 29/2008, de 31 de julio; 24/2009, de 25 de junio; 9/2010, de 3 de marzo, y 10/2010, de 8 de marzo, entre otras— que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra, pues es el interés del menor el criterio preferente.

Y declaramos en las SSTSJC 9/2010, de 3 de marzo, y 10/2010, de 8 de marzo, que el interés del menor, por tratarse de un concepto indeterminado y no establecer nuestra legislación pautas uniformes y generales —no se encuentra entre aquéllas de derecho comparado que ofrecen lista de criterios referenciales para su identificación— habrá de valorarse en cada caso sobre la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón. Asimismo, hemos declarado que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos —SSTSJC 29/2008, de 31 de julio; 24/2009, de 25 de junio—, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implementación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (artículo 79.2 CF), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener con-

sigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre presente el preferente interés de los menores.

Por otra parte, desde un planteamiento simplemente casacional, la valoración de si el interés de unos concretos menores ha quedado adecuadamente salvaguardado, dada una determinada situación de hecho indiscutible, sólo podría afrontarse en aquellos casos en que la solución aplicada por la Audiencia Provincial fuera irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores atendiendo a los parámetros anteriormente señalados.

2. Aplicando el anterior contexto normativo-jurisprudencial al caso de autos en relación con las alegaciones efectuadas en el recurso, resulta que:

a) La situación que resulta de la valoración de la prueba conforme lo motivado por la sentencia recurrida de la Audiencia y de aquellas otras motivaciones que fueron asumidas por dicha resolución contenidas en la sentencia de instancia dista de ser conveniente para las menores, a los efectos de establecer la guarda y custodia compartida, ya que junto al difícil entendimiento entre los padres y una grave conflictividad —que *per se* no sería suficiente— se une un problema de lealtades entre la hija mayor cuya custodia tiene el padre y las otras dos hijas lo que ocasiona un importante estrés para una de ellas —Marta— que tiene un vínculo más estrecho con la madre y que ha de mantenerse por ser más conveniente para ella, con la salvaguarda del *favor filii* que es el principio rector en esta materia.

b) La situación de que una de las hijas (la mayor) se halle bajo la guarda del padre y las otras dos menores tenga la custodia la madre, aun cuando se encuentre en contradicción con uno de los principios que, en ocasiones, hemos aplicado como es la conveniente reunión entre las hermanas con la finalidad de procurar entre ellas unos vínculos afectivos adecuados, en el caso examinado, no resulta procedente ya que conforme al informe del SATAF la madre resulta ser un referente más adecuado para ambas, Marta y Mar, ofreciendo la madre, como acertadamente señalaba la sentencia de primera instancia y cuya motivación es asumida por la de segunda instancia, un modelo más sólido puesto que tiene menor oposición a que las niñas mantengan vínculos afectivos con la familia extensa del padre que a la inversa, extremo que como declarábamos en la STSJC 9/2010, de 3 de marzo, justifica que en otras legislaciones de nuestro entorno se otorgue la custodia a aquel de los dos progenitores (*friendly parent*) que, en principio, favorezca más y mejor el contacto estrecho y adecuado entre el menor y el progenitor no custodio y con su particular entorno familiar, y

c) El informe pericial realizado en autos y que ha sido analizado en el primero de los fundamentos de esta resolución resulta suficientemente esclarecedor sobre la situación de las menores y aun cuando el recurrente discrepe de sus conclusiones no es razón suficiente para su descalificación, máxime cuando hallándose en sede casacional su valoración, como hemos motivado, no resulta ilógica, sino todo lo contrario, destacándose la mala relación de Patricia con su madre que se empieza a notar en sentido negativo en Marta y puede constituir un factor de riesgo para el futuro. Asimismo, la mayor disponibilidad horaria de la madre y el ofrecimiento por ésta de un núcleo más estable y que, en mayor medida, se adapta a las necesidades de las dos menores, aconsejan la desestimación de la guarda y custodia compartida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se deja sin efecto la pensión compensatoria, pues su concesión no puede basarse en un hecho futurible como es que la esposa tras el divorcio es probable que deje de percibir el sueldo que recibe de la empresa del esposo, dándose además la circunstancia de que la esposa es

una mujer joven, goza de buena salud, el matrimonio sólo ha durado 15 años y ella va a recibir 177.126 euros como compensación económica por la extinción del régimen.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de septiembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Valls Gombau**

El cuarto motivo del recurso de casación denuncia la infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del artículo 477.1 LEC, con vulneración del artículo 84.1 CF, respecto de la concesión y cuantificación de la pensión compensatoria, así como la jurisprudencia de esta Sala que la desarrolla.

1. La sentencia recurrida fija como pensión compensatoria la suma de 1.500 euros mensuales, con un plazo de cinco años para su devengo, al declarar que se ha justificado el desequilibrio económico entre las partes, con unos importantes ingresos del Sr. Domingo y un sueldo de la Sra. Leonor que previsiblemente va a dejar de percibir y, por tanto, dejará de cobrar la suma de 2.106 euros por catorce pagas al año —teniendo en cuenta que es la cantidad que le satisface la Empresa que tiene el Sr. Domingo en un 90%, sin acudir al trabajo desde hace unos dos o tres años— por lo cual, atendida la duración del matrimonio (15 años), la edad de la beneficiaria, la necesaria dedicación al cuidado de las dos hijas menores y su experiencia laboral así como el hecho previsible de no percibir la citada cantidad de 2.106 euros mensuales, resulta procedente el pago de la suma reseñada en el plazo de cinco años.

Frente a esta motivación para la concesión de la pensión, alega el recurrente, que la fijación de dicha pensión ha de realizarse al momento de la ruptura matrimonial, sin poderse atender circunstancias ulteriores o sobrevenidas, por lo cual, no resulta posible establecer como parámetro un dato no acaecido como es dejar de percibir la cantidad de 2.106 euros que le satisface la Empresa del Sr. Domingo (90% a su nombre y 10% al de su esposa) y que se le sigue satisfaciendo aun sin acudir a su puesto de trabajo, ni realizar el menor intento de buscarse otro, viviendo sin trabajar y, en su consecuencia, a su entender, concluye el recurrente, en síntesis que: (a) Se desprecia la conducta de buena fe del recurrente que ha abonado el sueldo incluso con posterioridad a la ruptura, pese a que la esposa no ha trabajado al menos desde dicha ruptura (unos cuatro años, actualmente); (b) Se habría ya satisfecho más de la mitad del plazo de duración de dicha pensión, pues se sigue pagando una cantidad de 2.106 euros, sin trabajar, habiéndose establecido la sentencia recurrida su pago durante 5 años, y (c) La jurisprudencia que se cita por la sentencia recurrida —STSJC 38/2006, de 16 de octubre— no resulta aplicable al caso examinado.

2. Hemos declarado reiteradamente (SSTSJC 47/2003, de 11 de diciembre; 8/2006, de 27 febrero; 17/2008, de 8 de mayo, y 8/2010, de 25 febrero, entre otras) que con la pensión compensatoria se prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, con la finalidad de reequilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la separación o divorcio en relación con aquella que mantenía constante matrimonio si bien con una vocación inequívoca de caducidad. Téngase presente que para su concesión ha de justificarse la existencia de un desequilibrio matrimonial que trae causa del matrimonio y pretende evitar que el perjuicio de la ruptura recaiga en uno solo de los cónyuges realizando una previsión *ex ante* de la superación futura del desequilibrio, por lo cual, se proyecta hacia el futuro a diferencia de la indemnizatoria que lo es al momento anterior y como mecanismo que pueda evitar —en algún modo—, pues tampoco se trata de reequilibrar patrimonios como si fuera una sociedad de gananciales o de participación en las ganancias, las desigualdades que se hayan podido producir durante la convivencia estable y como elemento corrector para salvar dichas diferencias. Respecto a su concreta cuantificación han de tenerse presente los diversos

apartados del artículo 84.2 CF y su determinación sólo ofrecerá interés casacional cuando la misma resulte ilógica, irrazonable o arbitraria (SSTJC 26/2007, de 26 de noviembre; 17/2008, de 8 de mayo, y 26/2008, de 3 de julio; 8/2010, de 25 de febrero, entre las más recientes).

Sobre el momento en que debe ser apreciado el desequilibrio económico que sirve de base a la pensión compensatoria, hemos declarado que «la crisis conyugal que supone la falta de convivencia *uxoris* sirve de elemento nuclear para valorar la situación económica de los cónyuges y el momento para apreciar si existe verdadera desigualdad patrimonial que genere un injusto enriquecimiento para uno de los cónyuges, pero el título que engendra el derecho es la extinción del régimen económico matrimonial por sentencia de separación, nulidad o divorcio» (SSTSJC 38/2003, de 28 octubre; 47/2003, de 11 diciembre; 35/2006, de 26 de septiembre, y 13/2007, de 7 de mayo, entre otras), sin que puedan ser tenidos en cuenta ni aquellos hechos relativos a la nueva situación económica de la acreedora/deudora de la pensión compensatoria que no han sido contemplados en la sentencia recurrida, a salvo de que se hubiera interpuesto y admitido a trámite un recurso extraordinario de infracción procesal, ni tampoco aquellos hechos posteriores a la sentencia de nulidad, separación o divorcio que habrán de ser enjuiciados por los cauces de la modificación de la pensión por variaciones sustanciales en otro procedimiento distinto sin que sea posible una revisión al alza de dicha pensión, pues como declaramos en la STS 38/2006, de 16 de octubre «... Per tant el que queda absolutament vedat segons el redactat de l'article 84 del CF és la puja de la pensió compensatòria per mor de les circumstàncies sobrevingudes amb posterioritat a la fractura matrimonial, però escau plantejar-se que ha de succeir quan en aquest moment ja existeixen les circumstàncies que determinarien inexorablement una actualització automàtica de la situació del cònjuge deutor...».

Por tanto, como criterios específicos en casos muy determinados para paliar efectos no deseados, se ha admitido por la jurisprudencia de este TSJC que se tuvieran en cuenta aquellas circunstancias que pudieran preverse en el momento de la separación y que inexorablemente se producirán como determinados derechos expectantes, con raíz causal precedente en el matrimonio, que incrementarían los desequilibrios económicos a favor de uno de los cónyuges. Así, en las SSTSJC 21/2002, de 4 de julio; 20/2003, de 2 de junio; 47/2003, de 11 de diciembre; 38/2003, de 28 de octubre, y 38/2006, de 16 octubre, se tienen presente los mayores incrementos que en el patrimonio del marido necesariamente se van a producir con posterioridad a la ruptura bien por un aumento de la pensión o, por el cobro de un plan de pensiones que se va a producir con posterioridad, en las dos últimas de las anteriormente señaladas, o por la pérdida de un derecho de alimentos en tres primeramente citadas como consecuencia del divorcio; declarándose que si bien ha de atenderse al momento de la ruptura para la fijación de la pensión y no puedan ser tenidas en cuenta circunstancias ulteriores o sobrevenidas que supondrían la alteración de la naturaleza de la pensión y colocarían al deudor en una posición permanente de inseguridad, lo que debe abordarse es «... la graduació de la pensió compensatòria tenint en compte els paràmetres vigents al moment de la fractura matrimonial, pel fet d'haver-se detectat la manca de previsió...» (STSJC 38/2003, de 2 de octubre) y, por tanto, conforme también declaraba la STSJC 38/2006, de 16 de octubre acomodarse a «... les circumstàncies que ja es podien preveure en el moment de la separació i que inexorablement sŽhavien de produir...».

3. En el caso examinado, la sentencia recurrida aplicando la doctrina señalada en último lugar, estima que procede su estimación en 1.500 euros mensuales por un plazo de cinco años, pues «... es altamente previsible que cesará en su trabajo y por tanto dejará de cobrar los 2.106 euros que venía cobrando a pesar de no acudir al trabajo...».

Este razonamiento no puede ser compartido por la Sala puesto que para conceder la pensión compensatoria ha de existir y justificarse la existencia de un desequilibrio patrimonial al momento de la ruptura matrimonial y no puede fundamentarse en un hecho futurible que aún no se ha producido. Los cálculos de previsibilidad que realiza la sentencia no son acordes con la jurisprudencia citada que se fundamenta en que

los datos que propician un aumento de la cuantía pensión se producían no por hechos futuribles posibles sino ciertos (cobro de un plan de pensiones, aumento de la pensión por jubilación, extinción del derecho de alimentos), por lo cual, si va a dejar de percibir o no el sueldo o cuál será su futura situación en la Empresa o si acudirá a trabajar o no, o si le serán o no respetados sus derechos laborales no es una cuestión que haya de valorarse cuando en el momento de la ruptura no se ha producido.

Dice la contraparte en el escrito de oposición al recurso que el hecho de que el esposo la haya mantenido durante estos cuatro años de una manera ficticia de alta en la Empresa es una prueba más del desequilibrio, argumento que tampoco se puede compartir ya que también puede entenderse como expresión de la confirmación de sus derechos laborarles hasta tanto no se produzca su modificación cuando lo cierto es que para justificar la procedencia del desequilibrio no solamente ha de atenderse a dicha posible pérdida, sino también a otros extremos como es la duración del matrimonio (15 años), la edad de la perceptora que es joven y goza de buena salud, además de haber percibido un importante numerario por las cuentas que ambos tenían conjuntamente y concedido una pensión indemnizatoria por el importe de 177.126,01 euros, por lo cual, no consta suficientemente justificado el desequilibrio máxime si se apoya por la sentencia recurrida en la pérdida de un sueldo que no se ha producido y cuando no se ha justificado el desequilibrio atendidos otros parámetros establecidos en el artículo 84 CF.

Por lo expuesto, ha de estimarse el cuarto motivo deducido con revocación parcial de la sentencia recurrida en el único extremo relativo a la pensión compensatoria que se suprime, conforme a lo precedentemente motivado.

INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

La indemnización económica del artículo 41 del CF se cuantifica en el 10% de los beneficios de la empresa del esposo durante los años de convivencia.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Valls Gombau**

El tercer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del artículo 477.1 LEC, con vulneración del artículo 41 CF, respecto de la concesión y cuantificación de la compensación económica, así como la jurisprudencia de esta Sala que la desarrolla.

1. La parte recurrente, tras exponer los requisitos necesarios para que proceda la compensación económica del artículo 41 CF, entiende que no ha existido ningún desequilibrio patrimonio que fundamente su concesión en la cuantía de 177.126,01 euros, que resulta de cuantificar el 10% de los beneficios de la empresa del Sr. Domingo durante los años que duró el matrimonio. Señala que con la compensación económica no se trata de retribuir a un accionista (la Sra. Domingo adquiere el 10% de las participaciones en la empresa durante el matrimonio, sin que se le entregaran directamente estos beneficios), y en segundo lugar, añade, que con los citados beneficios de la empresa se adquirieron activos inmobiliarios de los que ambos son cotitulares y se reinvirtió en la unidad familiar, con lo cual de confirmarse el abono de la citada suma, a su entender, se retribuirán dos veces a la esposa, pues con ellos se consiguió el patrimonio que la familia y hoy ella ostenta.

2. Los requisitos que la jurisprudencia de este Tribunal —SSTSJC 30/2008, de 4 septiem-

bre; 36/2008, de 3 noviembre; 38/2009, de 30 septiembre, y 19/2010, de 21 de mayo, entre las más recientes— viene reiteradamente exigiendo para la fijación de la pensión compensatoria, cuando los cónyuges se encuentran bajo el régimen de separación de bienes, son:

a) Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio;

b) Que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido de forma insuficiente;

c) Que la disolución del régimen matrimonial haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de cada uno de los cónyuges, y

d) Que la citada desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto.

Asimismo, como señalamos en las SSTSJC 17/2005, de 21 de marzo, y 38/2009, de 30 septiembre, entre otras, la indemnización del artículo 41 CF obedece a un intento de mitigar los efectos propios del régimen de separación de bienes que se caracteriza por la nula comunicación patrimonial de los bienes de ambos cónyuges, siendo la plasmación del artículo 14 de la Resolución núm. 37/1978, de 27 de septiembre del Consejo de Europa, como fórmula para hacer posible que, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, el cónyuge más perjudicado pueda acceder a una parte equitativa de los bienes del anterior cónyuge o a una indemnización que repare la desigualdad económica resultante de la institución matrimonial y su crisis posterior.

Por otra parte, la STSJC 7/2003, de 26 de marzo, declaraba que la compensación económica nacía para equilibrar las posibles desigualdades que puedan generar durante una convivencia estable cuando uno de ellos se dedica al cuidado del hogar o ayuda en el negocio, percibiendo una remuneración en dicho caso insuficiente, mientras que el otro dirige y administra el negocio con un ahorro notorio ya que «aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que en cessar aquella convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retingui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç col·lateral però convergent no remunerat o remunerat fins llavors insuficientment...», sin que por ello, como declaramos en la STSJC 27/2007, de 27 de julio, pueda sostenerse, sino todo lo contrario, que deban igualarse los patrimonios de ambos cónyuges puesto que acoger la tesis contraria, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería, no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen de separación de bienes cuya esencia se encuentra en la división de patrimonios dentro del matrimonio o como declaramos en la STSJC 8/2000, de 27 de abril que: «En efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán...».

3. En el caso examinado, se ha declarado probado que el patrimonio del marido es notoriamente superior al de la esposa y que éste se ha producido durante el matrimonio, originándose el desequilibrio y su enriquecimiento que es la base para la concesión de la pensión indemnizatoria del artículo 41 CF. Téngase presente no sólo la diferencia patrimonial (4 millones de euros de patrimonio del recurrente frente a los 2 de la esposa, según valoración de inmuebles y depósitos fijados en la sentencia de instancia que son mantenidos por la sentencia recurrida de segunda instancia), sino también que la retribución de la esposa que ha colaborado en la empresa familiar y dedicado al hogar, no puede entenderse como suficiente cuando dicha empresa ha sido ampliada y los beneficios reinvertidos en otros tantos inmuebles de los que es exclusivo titular la empresa y que le produce rentas, percibiendo la esposa un salario de la Empresa (2.106 euros, por un cargo de confianza difícilmente evaluable) pero de lo que resulta, además, que el 10% de su participación en la Empresa no ha sido sa-

tisfecha en momento alguno, y aun cuando sea cierto que con dicha pensión: (a) ni se trata de igualar patrimonios, como se ha motivado, ni (b) retribuir al accionista que no ha percibido su participación, aunque se hayan pagado inversiones inmobiliarias familiares y otras de titularidad exclusiva de la empresa; lo cierto es que la cuantía del desequilibrio, establecido como probado, es función del Tribunal de instancia a salvo de que sea arbitrario o ilógico, lo que no sucede en el presente caso, puesto que se ha generado durante el matrimonio y como consecuencia del trabajo del recurrente y también de la esposa y de su dedicación al hogar, un enriquecimiento injusto y un patrimonio mayor del que el Sr. Domingo tenía con anterioridad a contraer matrimonio y del que la esposa no ha participado en su debida forma aunque se le haya satisfecho un salario y sea cotitular de dos inmuebles y dinero a lo que debe añadirse que no ha percibido el 10% del que era titular en la Empresa, por lo cual, el notorio enriquecimiento del marido y la desigualdad de patrimonios comporta la necesidad de fijar una indemnización en la cuantía de 177.126,01 euros que es lógica y consecuente atendidos los cálculos de la sentencia de primera instancia que han sido analizados y motivados congruentemente por la recurrida que hemos de confirmar.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

La ruptura de la pareja conllevó una medida de alejamiento que propició el distanciamiento de los progenitores, agravado además por la precaria actividad laboral del esposo que se dedica a la confección de artículos de artesanía que vende en mercadillos. Es razonable pensar que si el motivo alegado para la privación es meramente omisivo —dejación de sus obligaciones—, sin que se haya acreditado una conducta perjudicial activa y directa sobre la menor, parece del todo punto lógica la conclusión de la sentencia de instancia de negar la privación de tan fundamental deber.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

La primera de las motivaciones del recurso se refiere a la privación de la patria potestad al padre de la menor, a cuyo efecto se argumenta la inhibición y pasividad del recurrido en el cumplimiento de los deberes paterno-filiales, con la consecuencia de la desaparición de la vida de la menor y la ausencia de un compromiso serio y efectivo de recuperar su posición ante la hija y ejercer sus deberes.

A tal efecto debe significarse, con la sentencia de esa Sala de 8 de septiembre de 2006, que en nuestro actual derecho positivo la patria potestad ha dejado de ser un derecho de los padres sobre los hijos, contemplándose, por el contrario, como una función compleja que la Ley les encomienda, integrada por una serie de derechos y deberes en beneficio del hijo, añadiendo que, «el principio básico que rige esta relación, es el interés del menor, de modo que todas sus funciones deben ir dirigidas a conseguir el desarrollo integral de su personalidad, hasta el punto que dicho interés prevalece sobre los legítimos intereses de los progenitores que siempre deben quedar supeditados a los de los hijos.

La finalidad de esta institución, lleva a que nuestra legislación contemple muy diversas situaciones que van desde su normal ejercicio conjunto por ambos progenitores, al ejercicio exclusivo por uno de ellos o a la distribución de funciones entre los padres (artículo 156 del Código civil) pudiéndose llegar, en último extremo, a la privación legal de la misma (artículo 170) basada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, o dictada en causa criminal o matrimonial. Y ello sin perjuicio de la adopción de medidas de cualquier tipo para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios como dice el artículo 158 del citado código sustantivo.

Es por ello por lo que el Tribunal Supremo afirma que el artículo 170 del Código civil ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean cada caso para proceder en consecuencia a su aplicación, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho (S. del TS de 24 de mayo de 2000), añadiéndose que con la privación de la patria potestad no se trata de sancionar la conducta del progenitor en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que se trata de defender el interés del menor de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses (S. del TS de 24 de abril de 2000).

Esta argumentación se mantenía en la sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 2008 en la que se añadía que «la sentencia del Alto Tribunal de 10 de noviembre de 2005 señala asimismo que "ya sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996), ya 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), postulados ambos no incompatibles, 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 basado en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo"».

Si nos atenemos a lo que consta en autos, ciertamente que la relación entre padre e hija no ha sido normal, pero tampoco han sido normales las relaciones entre los progenitores que rompieron su unión de hecho, al parecer, poco después de nacer la hija, la cual ha permanecido durante ese tiempo bajo la custodia exclusiva de la madre, a lo que debe añadirse que dicha ruptura conllevó una medida de alejamiento que propició el distanciamiento de los progenitores, agravado además por la precaria actividad laboral del demandado que se dedica a la confección de artículos de artesanía que vende en mercadillos. Sin embargo, no debe obviarse que la propia norma configura a la privación de la patria potestad como excepcional y transitoria, por cuanto el párrafo final del artículo 170 señala que los Tribunales podrán acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación, teniendo en cuenta, «el beneficio e interés del hijo». Es razonable pensar que si el motivo alegado para la privación es meramente omisivo —dejación de sus obligaciones—, sin que se haya acreditado una conducta perjudicial activa y directa sobre la menor, parece del todo punto lógica la conclusión de la sentencia de instancia de negar la privación de tan fundamental deber, cuanto más si se evidencia que el beneficio e interés del hijo exigen que, como se expone en el informe psicosocial y la sentencia así lo considera, debe mantenerse abierta la posibilidad de que la menor mantenga la doble relación paterna y materna para un adecuado desarrollo de su personalidad, aun cuando sea con las cautelas que se han acordado, estableciendo un régimen progresivo supeditado a informes de seguimiento que valoren la evolución de la relación. En consecuencia, debe desestimarse el recurso en este punto.

La mera solicitud de plaza escolar, dato sobre el que se centra y concreta la pretensión ejecutiva del recurrente, no supone, en el caso, una extralimitación en el ejercicio de la patria potestad compartida, y sí únicamente la gestión preparatoria de un posible cambio de colegio, respecto del que no consta que la demandada haya tomado una decisión prescindiendo del otro progenitor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La controversia litigiosa que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en el Auto que, dictado por el Órgano *a quo* en fecha 29 de febrero de 2008, reguló las medidas provisionales de carácter previo que entre los cónyuges ahora también contendientes habían de regir en tanto se presentaba la anunciada demanda de la ulterior litis matrimonial. En dicha resolución, entre otros pronunciamientos y en lo que al caso concierne, se acordó atribuir

la custodia de los hijos comunes a doña Evangelina, si bien compartiendo la patria potestad con el otro progenitor.

En el escrito que encabeza las actuaciones que hoy conocemos, la dirección Letrada de don Teófilo expone que la demandada, sin haberle informado ni recabado su consentimiento, ha solicitado plaza para los comunes descendientes en, al menos, tres colegios distintos, por lo que, en previsión de que se consume el hecho de cambio de colegio, o de cualquiera otra decisión que ambos progenitores tengan que tomar conjuntamente en relación con la patria potestad, se acaba por suplicar que se requiera a la Sra. Evangelina «para que con urgencia y en cumplimiento del Auto dictado por el Juzgado cuya ejecución se insta, cumpla con los derechos y deberes de la patria potestad compartida, informando y solicitando consentimiento del padre sobre cualquier hecho trascendental que exceda del desenvolvimiento habitual de la vida cotidiana de los menores, y en particular sobre cambio de colegio, formación, salud, salidas al extranjero con los menores, etc.».

Tras el inicial despacho de la ejecución, en los términos así interesados, mediante Auto de 22 de julio de 2008 el Juzgador *a quo* una vez concluida la tramitación del incidente conforme a la normativa procesal de aplicación al caso, dicta, en 18 de septiembre siguiente, Auto acogiendo la oposición que articula la parte demandada, argumentando que, en la demanda ejecutiva, el actor no precisó, respecto del requerimiento interesado, el concreto incumplimiento producido, ni planteó una discrepancia que hubiera de ser resuelta por el Juzgado. Y se añade que los pronunciamientos respecto de los que se pidió la ejecución no eran de carácter condenatorio, sino simples manifestaciones del ejercicio de la patria potestad, existiendo, respecto de los desacuerdos que al efecto pudieran surgir, la posibilidad de interesar resolución judicial sin acudir a la ejecución forzosa.

Y contra dicho criterio decisorio se alza el Sr. Teófilo, solicitando de la Sala que, con revocación del mismo, se declare procedente la ejecución inicialmente despachada.

Tal planteamiento encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

El Auto cuya ejecución nos ocupa sanciona, respecto de la patria potestad sobre los comunes descendientes, un régimen de ejercicio compartido por ambos progenitores, de conformidad con las previsiones de carácter general contenidas en el párrafo primero del artículo 156 del Código Civil.

Ello implica que cualquier decisión de trascendencia para los hijos ha de ser adoptada conjuntamente por ambos titulares de dicha potestad o, en su caso, por uno de ellos con el consentimiento, expreso o tácito, del otro, pudiendo cualquiera de ellos, en caso de desacuerdo al respecto, acudir a la decisión dirimente del Juez.

A la vista de los alegatos y prueba documental de uno y otro litigante, no podemos concluir que se haya producido un incumplimiento de dicha obligación legal, en los términos establecidos en el Auto regulador de las medidas provisionales de carácter previo, pues, al margen de las genéricas referencias contenidas en el escrito rector del procedimiento acerca de la formación, salud y salidas al extranjero de los hijos, respecto de las que no se especifica cuál sea el incumplimiento que se achaca a la progenitora custodia en relación con la potestad compartida, tan sólo se concreta, en dicho momento procesal, que la citada demandada ha solicitado plaza para los comunes descendientes en tres colegios distintos, y ello sin conocimiento ni consentimiento del actor.

Pero es lo cierto que dicha conducta no supone, en modo alguno, el incumplimiento de la sancionada corresponsabilidad parental, habida cuenta que la progenitora custodia no ha tomado, de modo unilateral y al margen de los cauces legales, decisión alguna definitiva sobre el futuro escolar de los hijos. Y así, según ha quedado acreditado mediante la prueba documental incorporada a las actuaciones, aquélla ha acabado por someter dicha cuestión, ante la falta de consenso con el otro progenitor, a la intervención dirimente del Juzgador *a quo*, en los términos al efecto habilitados por el artículo 156 del Código Civil.

Por ello, la mera solicitud de plaza escolar, dato sobre el que se centra y concreta la pretensión ejecutiva del recurrente, no supone, en el caso, una extralimitación en el ejercicio de la patria potestad compartida, y sí únicamente la gestión preparatoria de un posible cambio de

colegio, respecto del que no consta que la demandada haya tomado una decisión prescindiendo del otro progenitor, o de la intervención dirimente del Juzgador, a la que finalmente se ha acudido, en estricto cumplimiento de lo prevenido, a tal fin, en el citado artículo 156.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo que finalmente pueda resolverse en el cauce procesal al efecto habilitado, con exclusión además de todo ulterior recurso respecto de decisión del Juez de instancia, y no constituyendo tampoco el cauce procesal de la ejecución un instrumento legal de teórico recordatorio de obligaciones sancionadas judicialmente, y respecto de las que no se denuncia un específico incumplimiento, no puede prosperar, por falta de todo amparo legal, la pretensión ejecutiva que, tras su rechazo en la instancia, reproduce el demandante ante la Sala.

La ausencia absoluta de la prestación de los alimentos a que viene obligado el demandado y la falta de relación paterno-filial desde el año 2005 motiva la privación de la patria potestad del progenitor, debiendo evitarse una súbita aparición del padre para ejercitar el régimen de visitas que conllevaría no pocos problemas al desarrollo de la hija, situación que debe evitarse con esta medida.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo**

La sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de los de Ourense, de 2 de septiembre de 2009, es recurrida en apelación por la representación procesal de la parte demandante quien interesa el dictado de nuevo pronunciamiento por el que, revocando el impugnado, se acceda a la adopción de las medidas solicitadas en el suplico de la demanda rectora de la litis, en concreto la privación de la patria potestad del demandado sobre la hija de los litigantes, Raquel, así como la consiguiente extinción del régimen de visitas establecido sobre la menor a favor del demandado.

Como señala la sentencia de 10 de noviembre de 1995, que recoge a su vez los postulados contenidos en las de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil; su privación, atendiendo a su sentido y significado, bien sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo; el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, de tal modo que es requisito ineludible para la adopción de tan grave sanción una prueba incuestionable sobre la certeza de ese incumplimiento así como sobre la gravedad del mismo, merecedor, por ello, de la grave sanción contemplada.

En el supuesto que se contempla se parte de la consideración de que el demandado, desde 2005, no se ha comunicado con su hija menor y no sólo eso, ni siquiera ha satisfecho el importe de la pensión alimenticia a que venía obligado en virtud de la sentencia de 28 de abril de 2003. Conforme se dispone en el artículo 94 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, estableciendo el Juez el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Se configura el régimen de visitas no sólo como un derecho del progenitor no custodio sino también como un verdadero deber ligado directamente con el conjunto de obligaciones que surgen de la patria potestad. Esta relación obligada del hijo para con su progenitor no custodio constituye un elemento determinante de la propia

formación del menor de forma que la carencia afectiva de uno de los progenitores, por causa exclusivamente imputable al mismo, constituye un rechazable comportamiento que redunda en un verdadero perjuicio del menor. El artículo 110 del Código Civil igualmente establece la obligación de los padres, aunque no ostenten la patria potestad, de velar por los hijos menores, situación esta equiparable al supuesto de no custodia por parte de uno de los progenitores de los hijos comunes, suponiendo la ausencia de ese cuidado un nuevo y verdadero incumplimiento de las obligaciones propias de la patria potestad, en relación con el artículo 154.1 del Código Civil.

La ausencia absoluta de la prestación de los alimentos a que viene obligado el demandado supone igualmente un verdadero incumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad en relación con el artículo 154 del Código Civil antes referenciado, debiendo destacarse en este caso la absoluta omisión de tal obligación, reiterada en el tiempo y sin dato alguno del que inferir la posibilidad de que esa situación se altere en un próximo futuro.

El mantenimiento de la patria potestad y el régimen de visitas que le es inherente pueden llevar consigo la exigencia por parte del demandado del cumplimiento del citado régimen con una evidente proyección perniciosa sobre la situación de la propia menor, que cuenta en la actualidad con 8 años. Desde esa posición no compartimos la apreciación del Iltre. Magistrado de instancia referente a que en nada beneficiaría al menor la supresión de la patria potestad de su padre y ello es así porque una súbita aparición de Armando conllevaría no pocos problemas al desarrollo de Raquel, situación que, así lo entendemos, debe evitarse.

A la vista de lo anterior, en atención a que el incumplimiento por parte del demandado de las obligaciones que se derivan de la patria potestad que ostenta frente a su hija menor Raquel, es grave y reiterado sin que aparezca indicio alguno de que tal situación pueda ser alterada en un futuro próximo y considerando igualmente que no es posible alterar el *status quo* de la menor de manera súbita, apreciamos como lo más favorable a su interés, motivado además por el ya citado grave incumplimiento por parte de D. Armando de sus deberes paternales, la privación de éste de la patria potestad que ostenta sobre Raquel, así como del régimen de visitas inherente a tal declaración y que dimana de la sentencia de separación dictada por el antiguo Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de los de Ourense, con fecha 28 de abril de 2003, ratificada en lo procedente por la de divorcio de los hoy litigantes de fecha 10 de abril de 2008.

GUARDA Y CUSTODIA

La negativa actitud de la madre en relación a una fluida y adecuada comunicación de los menores con su padre y su negativa repercusión en ellos aconsejan atribuir la custodia a aquél ante el riesgo de que la custodia materna incremente el incipiente rechazo que muestran hacia el padre, originando una fisura entre los menores y su padre difícil de superar en el futuro.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández**

En el ámbito de la separación o el divorcio, la cuestión relativa a la custodia de los hijos menores ha de resolverse en atención al interés del menor y a su protección integral, que informa toda la materia y es prevalente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Por lo que, habrá de resolverse en cada caso lo que resulta más adecuado para los menores, en función de un desarrollo emocional equilibrado, en todos los aspectos de su personalidad, además

de procurar su debida atención material y moral. Lo que ha de valorarse en cada caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes. Así, ha señalado el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones (entre otras, 28 de septiembre de 2009) que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

La juzgadora de instancia funda su conclusión en el informe de valoración emitido por el equipo psicosocial del Instituto de Medicina Legal, cuyo carácter imparcial es indudable dada su procedencia oficial. Por lo demás, extenso y fundamentado, emitido tras mantener entrevistas con ambos padres, los menores y practicar las pruebas que estimarían adecuadas para fundamentar su pericia.

Pues bien, dicho informe es concluyente al proponer un cambio de la guarda y custodia a favor del padre, inicialmente otorgada a la madre en las medidas provisionales. Si bien, manteniendo un amplio régimen de visitas a favor de esta última.

El fundamento de tal conclusión es que siendo ambos progenitores igualmente idóneos para cumplir las funciones inherentes a la patria potestad, la conducta observada por la madre una vez le fue atribuida la custodia y producida la separación, fue obstativa a que los hijos mantuviesen una fluida comunicación con su padre. Produciéndose reiterados conflictos durante el desarrollo del régimen de visitas en claro perjuicio de los menores, como se deriva de la abundante prueba documental obrante en los autos.

Así, se hace constar expresamente en el informe, que en la entrevista personal mantenida con la demandada, se puso de manifiesto que «lleva muy mal que los niños vean al padre». Aclarando en el acto de juicio, que la ansiedad que esta situación y la propia separación le produce, se la transmite a sus hijos. Manteniendo una actitud inflexible en lo relativo al desarrollo de la comunicación del padre con sus hijos y una opinión negativa sobre la relación paterno-filial que transmite a los menores y los influencia. Concluyendo, que «los menores no obtienen un permiso psicológico» por parte de la madre para mantener una satisfactoria relación paterno-filial, lo que provoca la negativa de los menores a interaccionar con su padre por temor a traicionar a su madre. Mientras que, según afirmaron los peritos, el padre no implica a los menores, emocionalmente, en los conflictos personales de la pareja o lo hace en menor medida. Este comportamiento de la madre, analizado en el precitado informe, tiene su reflejo y consecuencias objetivadas en los informes también emitidos por el «punto de encuentro» donde se desarrollaban las visitas y en la actitud de rechazo «aparente» de los menores hacia su padre, utilizando expresiones aprendidas y que no son propias de niños de su edad. Rechazo que no es real, pues la actitud de los menores hacia su padre es de adecuada afectividad, confirmando los peritos «un buen vínculo afectivo con el padre».

En el mismo sentido, en el informe emitido por el punto de encuentro, en 19 de junio de 2009, se hace constar, que los menores llegan al punto de encuentro en actitud de desgana y negativa de cara a mantener las visitas con su padre. Pero una vez entran en contacto con él y en ausencia de la madre, deponen tal actitud y «regresan de las visitas contentos y sin problemática evidente». Lo que se compagina mal con una situación de temor de los menores respecto de su padre, que descartan dichos peritos psicólogos o con un previo maltrato paterno en relación a los mismos, que también descartan y que ha constituido el principal argumento defensivo de la recurrente desde el inicio del proceso. Situación de maltrato que, por otra parte, no ha sido tampoco probada respecto de su cónyuge, constando únicamente por la mera referencia de la recurrente, pero sin pronunciamiento condenatorio alguno al respecto.

Sobre tales informes periciales de carácter oficial, no puede prevalecer, como se pretendió en el recurso, el emitido por la psicóloga del centro de acogida, efectuado sin contraste alguno y sin audiencia del demandante con base en las meras manifestaciones y subjetiva versión de la recurrente. De modo que, la valoración probatoria de la juzgadora de instancia debe ser mantenida y también la atribución de custodia que realiza. Pues la negativa actitud de la madre en relación a una fluida y adecuada comunicación de los menores con su padre y su negativa repercusión en los mismos, supone un obstáculo para el cambio que interesa. Ante el riesgo de que, por tal causa, el incipiente rechazo que muestran se incremente, originando una fisura entre los menores y su padre difícil de superar en el futuro, que se considera muy perjudicial para un desarrollo armónico y estable de su personalidad, atendido el protagonismo e importancia que la figura del padre tiene y debe tener en la vida de los menores.

La minusvalía que padece la madre no la incapacita para ejercer las funciones que conlleva la custodia, debiendo recordarse que ha sido ella la que de hecho se ha ocupado del cuidado de sus hijos desde su nacimiento, sin que conste ninguna negligencia en el cuidado.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez**

Frente a la resolución de instancia que acuerda la disolución judicial por divorcio del matrimonio de los litigantes y, entre otras medidas, acuerda la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio a la madre, se articula recurso de apelación en donde el actor denuncia una errónea valoración de la prueba del juez *a quo* y reclama la atribución al apelante de la guarda de sus hijos.

Sobre la errónea valoración de la prueba, cabe decir que en primer lugar y como ya viene manifestando esta Sala de forma reiterada es necesario partir de una uniforme doctrina jurisprudencial según la cual, si bien la amplitud del recurso de apelación permite al Tribunal *ad quem* examinar el objeto de la litis con igual amplitud y potestad con la que lo hizo el juzgador *a quo* y que por lo tanto no está obligado a respetar los hechos declarados probados por éste, pues tales hechos no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de Casación, tampoco puede olvidarse que la práctica de la prueba se realiza ante el juzgado de instancia y éste tiene ocasión de poder percibir con inmediación las pruebas practicadas, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes.

En suma, el principio de inmediación, que aparece en la anterior LEC y con mayor énfasis en la nueva LEC, que informa el proceso civil, debe implicar, *ab initio* el respeto a la valoración probática realizada por el juzgador de instancia salvo excepción, que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, no siendo admisible en definitiva a la parte, pretender sustituir la valoración parcial e interesada que pretende imponer, frente a la imparcial y objetiva de aquella (SSTS de 21 de septiembre de 1991, 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 26 de mayo de 2004, entre otras muchas).

En el caso de autos no se aprecia el error valorativo denunciado por el apelante. Debe partirse de la premisa de que en la atribución de la guarda y custodia de un menor debe de prevalecer el interés de éste al ser el más necesitado de protección. Son medidas que han de adoptarse en beneficio de los menores y, tal y como establece el artículo 92 del CC, debe de garantizarse su derecho a ser oídos.

En el caso de autos el apelante sostiene su recurso exclusivamente en la minusvalía reconocida a la madre, sin embargo el juez *a quo*, tras la práctica de las oportunas pruebas, llega a la conclusión de que esa minusvalía no la incapacita como madre, habiendo sido ella la que de hecho

se ha ocupado del cuidado de sus hijos desde el nacimiento de los mismos, sin que conste ninguna negligencia en dicho cuidado tal y como se limita a alegar el apelante sin ninguna base fáctica para ello.

Ante tales circunstancias no puede sostenerse que la atribución de guarda que realiza el juez *a quo* sea errónea o que vaya en contra del beneficio de los menores, por lo que el recurso de apelación debe de ser desestimado.

Teniendo en cuenta que los progenitores no residen en la misma ciudad, la custodia compartida resulta inviable, pues obligaría a la menor en las semanas alternas a continuos desplazamientos para asistir al colegio.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández**

La sentencia recurrida establece como base fáctica probada la certeza de la convivencia entre D. Carlos Manuel y D.ª Clara, la cual se prolongó aproximadamente durante unos diez años, fruto de dicha convivencia nació una hija, Lidia, el día 27 de diciembre de 2001, concedida en la sentencia apelada su guardia y custodia a la madre, interpuso recurso de apelación la representación de D. Carlos Manuel, alegando diversos motivos, entre otros la guardia y custodia de la hija menor de edad, que interesa el recurrente sea compartida entre ambos progenitores, los que deben ser objeto de nuestra consideración en la alzada.

En el recurso de apelación formulado se pretende que se otorgue la custodia compartida de la menor Lidia a ambos progenitores, estableciéndose por semanas alternas a cada uno de ellos, a lo que se opone la parte apelada.

Existe en la adopción de la medida concerniente a la guarda y custodia de los hijos, con independencia de que la patria potestad sea compartida, una gran libertad de elección para el Juez de decidir qué progenitor ha de quedar al cuidado de los mismos, al cesar la convivencia en común de ambos. La finalidad es tomarla en beneficio del menor buscando su conveniencia por encima de cualquier otra circunstancia, como interés superior que necesariamente ha de ser objeto de protección, preferente y singular. Éste ha de ser el criterio determinante para todas las medidas que les afecten, teniendo en cuenta los elementos que concurren en cada uno de los progenitores.

Dicho principio se recoge en los Tratados Internacionales, en concreto en la Convención de Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990; y en nuestra legislación, así lo establece como principio rector de la política social la Constitución en su artículo 39.2, y la Ley Orgánica 1/1996, que en su artículo 2 dispone que: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», principio que se ha recogido ampliamente en la doctrina jurisprudencial, así la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987, dice: «es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil».

Teniendo en cuenta este principio, por lo que se refiere a la atribución de la custodia de los hijos menores de edad, es objeto de regulación en el artículo 159 del Código Civil, que en su anterior redacción atribuía siempre la custodia a la madre, en el supuesto de menores de siete años, salvo que hubiese motivos especiales que aconsejasen otorgarla al padre, dicha regulación fue reformada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por aplicación del Derecho a la igualdad reconocido en nuestra Constitución, y evitar cualquier discriminación por razón de sexo, que establece: «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. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años», de tal modo y a diferencia de la regulación legal anterior no establece un criterio previo, sino que se tenga en cuenta el acuerdo de los padres y en defecto de éste, el Juez decida, teniendo en cuenta siempre el beneficio de los hijos, que es el único requisito, pero esencial, que ha de tenerse en la resolución de dicha cuestión, no es el interés del padre o de la madre el que debe prevalecer, sino el de los propios hijos. Ha de valorarse el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos, la atención que pueden prestar al menor en el orden educativo, afectivo, de cuidado y material, como las especiales circunstancias que concurran en cada progenitor, en definitiva, exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo integral del hijo menor de edad.

Por otra parte, por lo que se refiere a la guardia y custodia compartida, el apartado 5, inciso inicial, del artículo 92 Código Civil, en su redacción dada al precepto por 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, establece que «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», añadiendo el apartado 8 que «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». Consiguientemente, esta medida en principio únicamente puede acordarse en dos supuestos: por un lado cuando la soliciten los padres conjuntamente en la propuesta del convenio regulador o se interese por ambos de común acuerdo —si se logra en tal sentido— en el transcurso del proceso, supuesto que no concurre en el caso de autos, y, por otro, con carácter excepcional, cuando, no existiendo acuerdo entre los padres, la solicite una de las partes, y exista informe favorable del Ministerio Fiscal, y se acredite cumplidamente que esta forma de guarda y custodia del menor es la que protege adecuadamente el interés superior del mismo, lo que tampoco acontece en el presente caso. Por cuanto, si bien dicha guardia y custodia compartida fue solicitada por el padre, no se ha acreditado en absoluto que la custodia compartida de la hija menor fuera la solución más idónea para proteger adecuadamente su interés y bienestar, una vez producida la crisis de la pareja, máxime cuando resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de criterios legales, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 (en el mismo sentido sentencias de 11 y 10 de marzo de 2010), «Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican.

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere

conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor [Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los artículos 76.1.b) y 139 del Códi de Familia de Catalunya].

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (artículo 373-2-11 Code civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente.

Así las cosas, partimos de que la decisión de la atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes es una de las cuestiones más delicadas y difíciles de esta clase de procedimientos en el que han de valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto a los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los implicados, su capacidad de comprensión, etc., por otra parte la resolución que se adopte debe pretender que los hijos resulten afectados del modo menor posible por la separación de los padres, y supuestos en el presente caso en ambos progenitores los afectos o sentimientos hacia su hija, menor de edad, y su misma capacidad para tener la custodia de la hija, consta acreditado de la prueba practicada que a finales del año 2007 se rompió definitivamente la convivencia de la pareja, sin que hubiese quedando acreditado que los padres de común acuerdo hubiesen acordado, sin imposición unilateral de uno de los progenitores, un sistema de guardia y custodia compartida, mostrando por el contrario clara oposición la madre a su establecimiento. Sin acuerdo al respecto por parte de los progenitores, no vemos razones suficientes para estimar en el presente caso que tal clase de régimen de custodia compartida sea de mayor interés para la niña, en la actualidad con 8 años de edad, ni tampoco la interesa el Ministerio Fiscal, si bien tampoco motiva suficientemente su oposición a tal medida, cuando consta que el domicilio familiar se estableció desde un primer momento en el termino municipal de Abegondo, donde vivió siempre la pareja hasta su ruptura, y por tanto también la niña, que acude a un colegio público en dicho municipio, y mantiene relaciones con los abuelos maternos, dada la proximidad de su domicilio, que pueden prestarle mayor atención, y ayuda a la madre, tanto en el orden afectivo, de cuidado, educativo e incluso material, en definitiva mejores condiciones para el pleno desarrollo integral de la niña. Y como el padre, tras abandonar el domicilio familiar, vive en A Coruña, ello supone un claro perjuicio para la niña en razón de la mayor distancia desde dicha ciudad hasta su colegio.

Mayores inconvenientes en definitiva para la menor, en razón del tiempo necesario a invertir para el desplazamiento, ida y vuelta al colegio desde A Coruña, todos los días de la semana alterna que correspondiese al padre con cambio de residencia de la hija, tal como se propone el régimen de guardia y custodia compartida por el apelante. Sistema propuesto, que en atención a la edad de la hija, no la consideramos en el caso adecuado para la menor, dado el poco tiempo de permanencia en cada domicilio, lo que puede no favorecer a su adaptación y repercutir negativamente al nivel emocional y en su rendimiento académico, siendo lo aconsejable en definitiva que los menores tengan un lugar fijo de permanencia, con normas, hábitos y rutinas diarias, lo que estimamos no se lograría con el constante cambio de residencia. Consecuentemente no concurren razones bastantes para la modificación de la medida definitiva adoptada en la sentencia apelada, y por ello, desestimamos el motivo concreto del recurso.

Si bien consideramos adecuado, en razón de las circunstancias concurrentes, ampliar el régimen de comunicaciones y visitas establecido en la sentencia apelada, en atención a conseguir una mayor relación de la menor con su padre, y su otra hija, fruto de relación anterior, de unos 17 años de edad, y de tal modo lograr mayores relaciones y vínculos entre las hermanas, en el sentido de que los fines de semana alternos que se establecen en la sentencia apelada a favor del padre sean desde el viernes a la salida del colegio donde la recogerá y hasta el lunes en que la reintegrará al mismo colegio, y todos los miércoles de las semanas cuyos fines de semana no le corresponda comunicar el padre con la hija, con pernocta, desde la salida del colegio y hasta la mañana del jueves que la llevará al mismo colegio en el horario de entrada de la niña.

RÉGIMEN DE VISITAS

La empresa para la que trabaja el padre manifestó por escrito que prestaba sus servicios como conductor, con contratos temporales, en turnos de mañana o tarde, pudiendo ser su descanso cualquier día de la semana y dependiendo el horario de los turnos de la línea y servicio asignado. Ante tal perspectiva, creemos que no existen datos precisos para fijar un régimen de visitas que pueda adaptarse a tales inconcreciones.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaro Lazcano**

El régimen de visitas del padre viene establecido del sábado a las 10.00 horas al domingo a las 21.00 horas, en fines de semana alternos. Desconocemos el horario laboral que tenía cuando se concertó el Convenio Regulador. Con más de tres meses de antelación a la presentación de la demanda, la empresa «Rober S.A.», manifestó por escrito que prestaba sus servicios como conductor, con contratos temporales, en turnos de mañana o tarde, pudiendo ser su descanso cualquier día de la semana y dependiendo el horario de los turnos de la línea y servicio asignado. Ante tal perspectiva, creemos no existen datos precisos para fijar un régimen de visitas que pueda adaptarse a tales inconcreciones. Hemos de respetar, primero el derecho e interés de los menores, compaginando sus obligaciones escolares con el sistema de comunicación y también el derecho de la madre a conocer las horas y días de recogida y devolución, para organizarse ella los fines de semana que está sin sus hijos. El régimen tal y como se modifica, origina una incertidumbre así como una falta de rigor no admisible, pudiendo crear una situación abusiva para la madre así como una situación conflictiva para progenitores e hijos.

Esta Sala ya ha mostrado en varias ocasiones su reticencia a aceptar visitas intersemanales en menores en edad escolar. La práctica diaria acredita que este tipo de visitas interfieren de forma negativa en el rendimiento escolar, pues afectan a las pautas de estudio. Si bien pueden tolerarse, de forma excepcional, en infantes de corta edad y primeros años de escolarización, se muestran como altamente perjudiciales para la buena marcha escolar a partir más o menos de los siete u ocho años.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández-Porto García**

El segundo motivo tiende a que se amplíe el régimen de visitas intersemanales.

El motivo no puede ser estimado.

Esta Sala ya ha mostrado en varias ocasiones su reticencia a aceptar visitas intersemanales en menores en edad escolar. La práctica diaria acredita que este tipo de visitas interfieren de forma negativa en el rendimiento escolar, pues afectan a las pautas de estudio. Si bien pueden tolerarse, de forma excepcional, en infantes de corta edad y primeros años de escolarización, se muestran como altamente perjudiciales para la buena marcha escolar a partir más o menos de los siete u ocho años. Incrementándose esa negatividad según avanzan en el ciclo escolar. El nivel de exigencia escolar es alto, siendo necesario que los niños dediquen tiempo bien a la realización de tareas escolares, bien al desarrollo de actividades extraescolares que se han vuelto imprescindibles. Si ese tiempo no puede dedicarse a cumplir con esos deberes escolares (sea cual sea la denominación que en la práctica se les dé), sino que ha de atenderse a las visitas de un progenitor, el resultado es que se afecta negativamente a la trayectoria educacional del menor, para un supuesto beneficio del progenitor no custodio, lo que es contrario a los principios que deben regir en esta materia.

Situación que en este caso se ve agravada porque don Víctor Manuel reside a considerable distancia de doña Rosa, por lo que cuando recoja a los niños a la salida del colegio (en período lectivo, pues en períodos vacacionales no se prevé nada) no tiene un domicilio cercano al que acudir.

Es por ello que la Sala considera que obró correctamente el Juzgador de instancia, a limitar esas visitas intersemanales a una sola tarde, y ponderando adecuadamente las cortas edades de los infantes. Medida que a medio plazo debe desaparecer por las mayores exigencias académicas.

El régimen de visitas no se ha revelado especialmente adecuado, en atención a que, careciendo el padre de vivienda en Zaragoza, debe desarrollarse prácticamente en la calle, parques, casas de amigos, etc., con los inconvenientes que supone para una niña de tan corta edad, con unas necesidades concretas de alimentación, descanso e higiene, y por ello, se reduce a los sábados y domingos alternos de 11 h a 14.00 h.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Elia Mata Albert**

Recurre D.ª Concepción el régimen de visitas que establece la Sentencia de instancia, respecto de la hija menor del matrimonio, suplicando su revocación y se concrete en dos sábados alternos al mes desde las 10 h hasta las 18 h, y sin pernocta, sin disfrute de períodos más largos durante las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, hasta que la menor no cumpla los tres años de edad.

La recurrente alega que la edad de la menor y la distinta localidad en que reside el padre tras la separación, Caspe, son circunstancias que gravan el régimen de visitas entre el padre y la menor, generando sólo inconvenientes para ésta.

La hija del matrimonio, Paula, nació el 6 de abril de 2009, cuenta ahora con 20 meses de edad. Reside con su madre en Zaragoza. El padre vive en Caspe, en el domicilio de su hermana.

Hasta ahora ha venido desarrollándose el régimen instaurado en Auto de Medidas Provisionales de 11 de marzo de 2010, que vino a aprobar el acuerdo alcanzado por los litigantes, consistente en sábados alternos de 10 a 18 h, y miércoles alternos de 17 a 19.30 h.

Este régimen no se ha revelado especialmente adecuado, en atención a que, careciendo el padre de vivienda en Zaragoza, debe disfrutarse prácticamente en la calle, parques, casas de amigos, etc., con los inconvenientes que supone para una niña de tan corta edad, con unas necesidades concretas de alimentación, descanso e higiene.

La Sentencia impugnada establece fines de semana alternos, desde las 12 h del sábado a las 20 h del domingo, y una semana con el padre en verano, Navidad y Semana Santa, hasta que cumpla los tres años en que se instaura un régimen ordinario.

La madre discrepa de la conveniencia de los traslados en autobús de la niña.

Efectivamente, tales traslados resultan gravosos para la menor, debe ser el padre el que acuda a Zaragoza a estar con ella, dado que el régimen de visitas es un derecho de los menores destinado a favorecer su correcto desarrollo en todos los órdenes.

Esta Sala, en beneficio de la menor y atendiendo a las circunstancias concurrentes, establece, hasta que cumpla los tres años de edad, en que entrará en vigor el régimen de visitas ordinario instaurado en la Sentencia, el siguiente régimen de visitas entre padre e hija, sábados y domingos alternos de 11.00 h a 14.00 h, en que la recogerá y devolverá al domicilio materno, y, además, cuando cumpla dos años, cuatro días en Navidad y una semana en verano, que elegirá el padre, comunicándolo a la madre con quince días de antelación.

VIVIENDA FAMILIAR

El que una madre pueda tener una relación sentimental estable con un hombre no puede ser causa de privar a los hijos del uso de la vivienda familiar.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaro Lazcano**

El artículo 96 del Código Civil preceptúa en su párrafo primero que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. La sentencia que aprobó el convenio dispuso que el uso de la vivienda se otorgaba a los dos hijos y, consecuentemente a la madre en cuya compañía quedaban. En el Convenio se llevó a cabo la liquidación de la Sociedad Legal de Gananciales, no incluyéndose en la misma la de la vivienda familiar aplazándose hasta que los hijos adquirieran independencia económica, o bien cuando la madre adquiriera un trabajo estable que le permita la adquisición de una nueva vivienda. El interés protegido es el de los hijos y, si a la madre se le concede el uso, es como consecuencia de que ostenta la Guarda y Custodia de las mismas. El que una madre pueda tener una relación sentimental estable con un hombre, no puede ser causa de privar a los hijos del uso de la vivienda familiar, que a ellos les ha sido atribuida. La sentencia que se cita de la Audiencia Provincial de Almería de 19 de marzo de 2007, no vincula en modo a este tribunal, que sólo lo está a dos o más sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o

a una el Tribunal Constitucional. La que se cita de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de marzo de 2009 (Rollo 537/2008), se refiere a un supuesto distinto, el contemplado en el artículo 96, párrafo 3.º del Código Civil, o sea sin hijos, estableciéndose un tiempo de uso de dos años, en lugar del de la liquidación de la sociedad, no siendo cierto que se fije un uso alternativo.

No importa que el cónyuge que tiene la custodia disponga de vivienda en otra localidad, pues la libertad de residencia es uno de los derechos fundamentales y nada le obliga a este cónyuge a abandonar la localidad de residencia de la familia, sino que al contrario su permanencia en el mismo lugar junto con sus hijos puede contribuir a la estabilidad y mejorar la crianza y educación de éstos.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer**

Hay que confirmar la atribución de la vivienda familiar a la madre a la que se atribuye la custodia no discutida de los dos hijos, nacidos el año 2003 y 2005, como se decidió acertadamente en primera instancia aplicando la regla del artículo 96 del Código Civil, que en su párrafo inicial dice «en defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Al ser ésta la regla lo relevante para atribuir la vivienda familiar es la protección de los hijos, por lo que se atribuye al cónyuge que quede con ellos, mientras que es irrelevante la propiedad de dicha vivienda, pues se produce la misma atribución si la vivienda es del cónyuge que se queda con los hijos o del otro.

Tampoco importa que el cónyuge que queda con los hijos disponga de vivienda en otra localidad, pues la libertad de residencia es uno de los derechos fundamentales y no sólo nada le obliga a este cónyuge a abandonar la localidad de residencia de la familia, sino que su permanencia en el mismo lugar junto con sus hijos puede contribuir a la estabilidad y mejorar la crianza y educación de éstos.

La alegación del demandado apelante primero de que la vivienda familiar corresponde a su madre carece de base probatoria, consta por el contrario su adquisición a título de herencia por el recurrente.

Por último en cuanto a la vivienda carece de importancia que el recurrente disponga de otras viviendas y locales en el mismo inmueble, lo que obligará a las partes a extremar el cuidado y formalidad en su trato, pero que sólo dará lugar a las medidas oportunas si se producen roces, que habrán de corregirse, pero sin afectar al derecho de los hijos a mantenerse en la vivienda familiar.

No procede atribuir el uso de una vivienda distinta a la familia a los hijos para que la ocupen mientras realizan sus estudios ya que dicha vivienda va a ser ocupada por el padre para fijar su residencia, sin que ello suponga que los hijos no puedan convivir con el padre.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Robles García**

Se interpone recurso de apelación por D.ª Martina, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número nueve de León, por la que se acuerda el divorcio de la misma, y de su esposo D. Gonzalo, con la pretensión de que se revoque aquélla y se conceda el uso de la vivienda sita en León, Plaza del DIRECCIÓN001 núm. NÚM001, NÚM000, a las hijas del matrimonio

hasta que éstas finalicen sus estudios, o en caso contrario, se incremente en 400 euros la cuantía de la pensión alimenticia fijada a favor de las mismas y a cargo del padre, y se establezca a favor de la esposa una pensión por desequilibrio de 800 euros mensuales, revisable anualmente, que se le deniega en la sentencia recurrida.

En la sentencia de instancia se atribuye a D.ª Martina el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en la DIRECCIÓN000 núm. NÚM000, de la localidad de Vegacerneja, así como el ajuar familiar existente en la misma, medida con la que la misma resulta conforme.

Pretende ahora la recurrente que se conceda el uso de la vivienda sita en León, Plaza del DIRECCIÓN001 núm. NÚM001. NÚM000, a las hijas del matrimonio, Lucía, nacida el 9 de junio de 1986, y Beatriz, nacida el 8 de noviembre de 1990, hasta que éstas finalicen sus estudios. A favor de las hijas, y a cargo del padre, se ha fijado una pensión de alimentos de 600,00 euros mensuales, a razón de 300,00 euros para cada una de ellas, actualizable anualmente.

Pues bien, la prestación de alojamiento, debe considerarse insita en la prestación alimenticia, por lo que no ha de concretarse a ninguna vivienda determinada, pero es que, además, la que se solicita, cuyo usufructo corresponde a la madre del Sr. Gonzalo y la nuda propiedad en pro indiviso a éste y a sus hermanas, la precisa este último, que piensa ocuparla con consentimiento de su madre, para cubrir sus necesidades de vivienda, el que, por otra parte, se muestra conforme con que las hijas continúen residiendo en la misma en su compañía, con lo que quedaría cubierta su necesidad de alojamiento en esta Ciudad en tanto continúen realizando sus estudios y ello, además, con un nivel de atención en el alojamiento de calidad notable, correspondiente al rango económico familiar que hasta el momento venían disfrutando, pues precisamente dicha vivienda, y antes de instalarse en la localidad Vegacerneja, constituía el domicilio familiar. Frente a ello deben decaer las alegaciones fundadas en el deseo de las hijas de vivir con independencia, que no responden sino a meras razones de comodidad de las mismas, pues es lo cierto que los derechos alimenticios de los hijos deben acomodarse a la nueva situación económica familiar, quizá menos holgada, creada por la crisis matrimonial, pues no cabe olvidar que ésta equivale en buena parte de los casos a una crisis patrimonial con reducción de los recursos económicos del núcleo familiar al disgregarse y separarse recursos entre los cónyuges que reunidos y sumados, cuando el núcleo familiar estaba unido, tenían un potencial económico que tras la separación resulta naturalmente disminuido y minorado.

Por lo expuesto, debemos desestimar el recurso interpuesto en el particular debatido, toda vez que las circunstancias que concurren no avalan la adopción de la medida solicitada de atribución del uso de la vivienda sita en León a las hijas, ni como tampoco el incremento de la pensión alimenticia fijada a favor de las mismas.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No es en absoluto creíble que los ingresos del apelante se limitan a los 808,52 euros que se hacen constar en tres nóminas emitidas por la empresa familiar, donde consta de alta como peón a partir de junio 2009, es decir, pocos meses después de interpuesta la demanda. El pretendido sueldo tiene difícil encaje con obligaciones asumidas como es la pertenencia a la sociedad Club de Campo por lo que viene abonando casi 100 euros mensuales, televisión de pago, etc. y por ello no procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Magdalena Fernández Soto**

En primer lugar, puntualizar que aceptamos la producción de una modificación sustancial de las circunstancias, pero no, como pretende la representación del apelante, en lo que atañe a la

pretendida disminución de recursos de su representado sino, únicamente, en lo que se refiere al régimen convivencial de los dos hijos mayores de edad, al estar plenamente acreditado que los mismos se han trasladado a vivir al domicilio de su padre, como de hecho y con acierto se resuelve en el fundamento tercero de la sentencia impugnada. La pretendida modificación respecto a la situación económica del apelante no se ha acreditado en absoluto, pues no sólo ignoramos los ingresos con que contaba cuando convino establecer la pensión alimenticia a favor de sus hijos en 100.000 de las antiguas pesetas sino que seguimos ignorando su verdadera situación económico-patrimonial. No es en absoluto creíble que los ingresos del apelante se limiten a los 808,52 euros que se hacen constar en tres nóminas emitidas por la empresa familiar, donde consta de alta como peón a partir de junio 2009, es decir, pocos meses después de interpuesta la demanda. Y decimos que no es creíble por cuanto la escasa prueba practicada permite constatar que es copropietario de la misma, pues posee 233 participaciones sociales, además de un chalet en Bayona y la tercera parte de una nave industrial. Además no se comprende cómo con tales pretendidos ingresos y vivienda en Bayona acomete el alquiler de un piso en Vigo, sus explicaciones respecto a la cuestión no convencen a la Sala y, en todo caso, el pretendido sueldo tiene difícil encaje con obligaciones asumidas como son la pertenencia a la sociedad Club de Campo por lo que viene abonando casi 100 euros mensuales, televisión de pago, etc. Es más, su hijo Daniel al declarar en el Juicio Rápido 5/09 de Instrucción 1 se refirió a la situación económica de su padre como desahogada. En estas circunstancias estamos en condiciones de afirmar que el Sr. Luis Andrés tiene fuentes de ingresos económicos que deliberadamente trata de ocultar al Tribunal, lo cual no es admisible, de ahí que tal ocultación ha de tenerse en cuenta en el sentido de concluir afirmando, al igual que la juzgadora, que sus ingresos son ciertamente superiores a los pretendidos.

Es clara y evidente la crisis económica existente en la actualidad, sin embargo, no resulta admisible que un varón de treinta y ocho años, sin impedimento físico alguno, que ha tardado trece años en acabar una diplomatura de tres y sólo ha trabajado seis meses escasos en su vida, pretenda seguir siendo mantenido por su padre.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Elia Mata Albert**

Recurre el actor la sentencia dictada en la instancia que desestima la demanda de alimentos por él formulada frente a su padre, suplicando su revocación y se estime íntegramente su pretensión de fijación a su favor de una pensión alimenticia de 700 euros mensuales.

El actor, nacido en junio de 1972, de 38 años de edad, alega haber obtenido una diplomatura de Ciencias Empresariales, carrera que inició en 1992 y finalizó en diciembre de 2005 (folio 120 y 121 de las actuaciones).

Sólo acredita un contrato de trabajo a tiempo completo desde septiembre de 2006 hasta marzo de 2007, como ayudante (folios 14 y ss.), donde percibió durante tres meses una nómina de 665,34 euros, figurando inscrito como demandante de empleo desde el 16 de septiembre de 2008 (folio 77).

Actualmente, percibe una prestación mensual de 515,80 euros del Ingreso Aragonés de Inserción, desde febrero de 2010 hasta enero de 2011 (folio 86).

En mayo de 2008 recibió de su padre 13.754,17 euros (folio 111), habiendo reconocido haber percibido también de su padre, desde la muerte de su madre, acaecida en febrero de 2006, más de 40.000 euros.

Su padre, que cuenta con 81 años de edad, aquejado de insuficiencia respiratoria y Parkinsonismo, vive en la Residencia Sanitas de Zaragoza desde marzo de 2010, donde abona 2.040,82 euros mensuales (folio 119) percibien-

do una pensión de jubilación de 1.473,84 euros al mes (folio 55).

El derecho de alimentos regulado en los artículos 142 y ss. del Código Civil admite como beneficiarios a los alimentistas mayores de edad cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable, debiendo concurrir en ellos una situación de necesidad y gozar el alimentante de medios y bienes aptos para atender la deuda. Regulación similar a la establecida en el artículo 66 del Derecho de la Persona de Aragón, 13/2006.

Los hechos acreditados expuestos revelan la improsperabilidad de la pretensión del actor.

Es clara y evidente la crisis económica existente en la actualidad, sin embargo, no resulta admisible que un varón de treinta y ocho años, sin impedimento físico alguno, que ha tardado trece años en acabar una diplomatura de tres y sólo ha trabajado seis meses escasos en su vida, pretenda seguir siendo mantenido por su padre, un anciano enfermo que ya le ha adelantado una considerable cantidad de dinero, al parecer de la herencia de su madre, en cuatro años.

No concurre, en consecuencia, causa justificada de necesidad. El actor debe procurarse por sí mismo su sustento, finalizada con creces su formación académica.

Los tratamientos psicológicos tienen carácter de gastos extraordinarios y tan sólo requieren para que surja su exigibilidad que el progenitor custodio los haya realizado y justifique documentalmente su importe, sin que esta circunstancia implique un menoscabo de la institución de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 15 de los de Barcelona se dictó Auto en fecha 23 de febrero de 2010, mediante el que se desestimó íntegramente la oposición a la ejecución, mandando seguir adelante dicha ejecución por la cantidad por la que fue despachada, con una expresa imposición al ejecutado de las costas procesales ocasionadas.

Frente a dicha resolución se alzó Don Blas, interesando que en esta alzada se desestime la ejecución instada, con una expresa imposición a la ejecutante de las costas procesales.

Doña Amanda se opuso al recurso formulado de contrario, interesando su desestimación, con una imposición al recurrente de las costas procesales causadas por su temeridad al interponer su recurso, vulnerando los principios de buena fe procesal que deben regir todos los procedimientos.

El Ministerio Fiscal se opuso también al recurso interpuesto por Don Blas interesando su desestimación por entender que la resolución apelada es conforme a derecho.

El padre recurrente efectúa la especiosa protesta de que lo que pretende es simplemente hacer de padre, cuando de lo actuado resulta justamente lo contrario.

En primer lugar, afirma que dado el tiempo transcurrido desde la vista hasta la fecha del Auto se le «escapó» a la juez de instancia (*sic*) que el importe del dentista fue abonado antes de la vista. Efectivamente, en el acto de la vista el padre justificó documentalmente haber realizado este importe de 234 euros. Pero esto no puede tener ninguna trascendencia en el incidente de oposición, sino tan sólo en el momento de hacer efectivos los derechos reclamados en el presente procedimiento ejecutivo. Consecuentemente, este motivo debe ser desestimado.

En segundo término, alega el recurrente que los tratamientos psicológicos seguidos por las hijas menores se hallan cubiertos por la Seguridad Social, y que ha sido la madre ejecutante quien unilateralmente ha optado por derivar a sus hijas hacia una consulta privada. Esta afirmación resulta rayana en la mala fe, pues lo cierto es que el padre ha participado en los tratamientos

psicológicos de las hijas, sin haber efectuado en momento alguno ningún tipo de reparo u oposición a los mismos, tal y como consta documentalmente acreditado.

Por último y, simplemente, para finalizar, recordar que estos gastos extraordinarios, conforme a la doctrina constante de esta Sala tan sólo requieren para que surja su exigibilidad el que el progenitor custodio los haya realizado y justifique documentalmente su importe; sin que esta afirmación implique un menoscabo de la institución de la patria potestad que, en el presente caso, como en tantos otros, es de atribución compartida a ambos progenitores.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El convenio regulador, aunque se firmó por ambos cónyuges, no fue ratificado posteriormente, pero sin duda explica cuál era el sentir de ambos cónyuges en ese momento, por lo que no habiendo convivencia con posterioridad no se explica la solicitud de pensión compensatoria, pues no existe entre los cónyuges desequilibrio económico alguno que haya de compensarse.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Cristina Martínez Rodríguez**

También impugna el recurrente la asignación de pensión compensatoria a la esposa.

El derecho a percibir la pensión compensatoria por desequilibro descansa, en dos presupuestos o requisitos objetivos esenciales:

a) La existencia de un claro desequilibro patrimonial entre los esposos.

b) Que esta situación económica desventajosa para uno de los cónyuges sea consecuencia directa y esté vinculada causalmente al hecho de la separación o divorcio, y no a cualesquiera otras circunstancias ajenas o sobrevenidas a la crisis matrimonial.

En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora para la que no hay que probar la necesidad en el cónyuge demandante, pero sí que ha sufrido un empeoramiento de la situación económica en relación con la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que tiene su consorte, sin que se trate de equiparar económicamente los patrimonios porque no busca la paridad o igualdad absoluta entre ellos —SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005—.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, de la prueba documental aportada a los autos en la que consta con claridad la vida laboral de D.ª Coral, no se deduce desequilibrio económico alguno. Ya en la separación previa de los cónyuges en el año 1999 en el convenio regulador no se estableció pensión compensatoria por desequilibrio económico y con posterioridad a la reconciliación ambos continúan trabajando en los mismos lugares. En el convenido de julio de 2009 previo al divorcio, establece en su estipulación décima que los comparecientes reconocen expresamente «que no se produce desequilibrio a ninguno de ellos con motivo del divorcio ... puesto que ambos tienen capacidad económica propia con la que atender a sus necesidades y en consecuencia acuerdan no establecer pensión compensatoria...».

Dicho convenio se firmó por ambos cónyuges si bien no se ratificó posteriormente, pero que explica cuál era el sentir de ambos cónyuges en ese momento, no habiendo convivencia con posterioridad, no se explica la solicitud de pensión.

Constante el matrimonio, D.ª Coral trabajó como expusimos anteriormente, no constando que su trabajo en el SAS cesara por el hecho de atender a las necesidades familiares o dicho cese fuera a consecuencia de la separación, en cambio, le ha servido para mejorar sus condi-

ciones de acceso a futuras bolsas de trabajo, no teniendo dificultad para incorporarse al mercado laboral como se pone de manifiesto con su contratación en octubre de 2004 por la empresa e-limpia de Linares.

Por tanto, en atención a lo anteriormente expuesto, cabe estimar el recurso de apelación en este punto, considerando que no existe entre los cónyuges desequilibrio económico alguno que haya de compensarse.

Aunque la esposa haya accedido a un trabajo por el que percibe unos 1.000 euros al mes, no se acuerda la extinción de la pensión compensatoria dado que sigue existiendo el desequilibrio pues él percibe 7.000 euros mensuales, y ya se contemplaba en el convenio regulador la posibilidad de que la esposa trabajase.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal**

El artículo 100 del Código Civil dispone, en relación con la pensión compensatoria que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.

En el caso presente, la sentencia de instancia estima que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias habidas en consideración al tiempo de otorgarse el convenio regulador, en particular, el hecho de haberse incorporado la esposa al mercado laboral percibiendo unos ingresos netos mensuales superiores a los mil euros.

Debe precisarse que el Convenio Regulador de fecha 26 de noviembre de 2007, que aprueba la sentencia de 30 de enero de 2008, dictada en procedimiento de divorcio seguido bajo el núm. 1393/2007 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo, en su estipulación Séptima, referente a la pensión compensatoria, exponía: «por concurrir los supuestos que la justifican y producirse desequilibrio económico entre los cónyuges, se fija a favor de la esposa el importe de 400 euros mensuales, en concepto de pensión compensatoria regulada por el artículo 97 del Código Civil, que será abonada por el esposo en la cuenta corriente que designe D.ª Palmira y durante un período temporal de ocho años».

Evidentemente, la exigencia de que la alteración sustancial lo sea de aquellas circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de establecer el derecho a la pensión, comporta el que nos hallemos ante unos hechos nuevos y, por ello, inexistentes al tiempo de ser aprobado el convenio, de modo que no tendrán virtualidad suficiente para justificar la modificación de la medida, aquellos acontecimientos que aún sobrevenidos, hubieren sido contemplados, siquiera implícitamente, por los otorgantes del convenio.

Y tal ocurre en el presente caso, con el factor de que la esposa se haya incorporado al mercado laboral que, como resulta evidente, se tomó en consideración al suscribirse el convenio regulador:

Primero, por cuanto no se incluye en dicha estipulación mención expresa alguna a que tal factor (el hecho de que la esposa vuelva a desempeñar una ocupación laboral) se erija en factor determinante de la extinción del derecho al cobro de la pensión. Segundo, dada la exigüidad del *quantum* señalado a la pensión: si se ha fijado una suma que, obviamente, no cubre las necesidades alimenticias y por ello el nivel mínimo de subsistencia del beneficiario, habrá de deducirse, lógicamente, que se estaba pensando en la misma como un mero complemento de la que éste pudiere obtener con su trabajo y, por ello, en su acceso al mercado de trabajo. Tercero, porque el señalamiento de un período temporal a la pensión (ocho años), sin consignarse ningún tipo de excepción, supone que

se incluía en el mismo la eventualidad de que la esposa pudiere percibir ingresos durante el mismo y, cuarto, toda vez que tomándose como factor determinante del establecimiento del derecho, la situación de desequilibrio económico entre los cónyuges (y no otro) claro es que dicho desequilibrio sigue concurriendo en la actualidad. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 2005 señala: «El artículo 97 del Código Civil dispone que "el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión" que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias... Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo— pero sí ha de probarse 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 disfruta el otro cónyuge». Y en el caso presente, como se dijo, resulta evidente que permanece el desequilibrio y, al respecto baste constatar que en tanto la esposa percibe una remuneración que supera mínimamente los mil euros mensuales, el aquí demandante ha percibido durante el año 2009 (último respecto al que se refieren los datos de litis) una suma, cuando menos, de siete mil euros mensuales netos. De modo que la pensión sigue atenuando el descenso económico que ha venido a sufrir la esposa comparando su situación constante matrimonio con la que ha quedado tras el divorcio.

Se deniega la pensión compensatoria solicitada por la recurrente, pues la dedicación a la familia no le ha impedido trabajar; el divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio aun cuando su trabajo lo desempeñe en la empresa perteneciente a la familia del esposo.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Robles García**

El segundo pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que se impugna es el concerniente a la denegación de la pensión compensatoria solicitada por la esposa.

La sentencia de instancia niega el derecho de la esposa a percibir una pensión compensatoria en los términos a que se refiere el artículo 97 del Código Civil por considerar que no se ha producido un desequilibrio económico con motivo de la ruptura del matrimonio.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de enero de 2010, señala que «los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 CC son los siguientes:

a) La pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10 de marzo y 17 de julio de 2009).

b) La pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de

2009). Se puede resumir la doctrina de esta Sala en argumentos de la sentencia de 10 de febrero de 2005: «La pensión compensatoria es, pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987: "... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (artículos 142 y ss. CC)" (...)», y concluye estableciendo que «la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Pues bien, aplicando estos criterios interpretativos al supuesto que nos ocupa, debe decidirse por confirmar la sentencia recurrida y negar la pensión compensatoria solicitada por la recurrente. Y ello con base en los siguientes argumentos:

1.º No se acredita que la recurrente haya sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra el hecho de que venga desempeñando una actividad laboral.

2.º Por lo mismo es evidente que la dedicación a la familia no le ha impedido trabajar.

3.º Es cierto que el esposo es titular de un importante patrimonio pero en calidad de nudo propietario, ya que el usufructo corresponde a su madre, por lo que es evidente que en tanto persista esta situación es esta última quien tiene derecho a percibir todos los frutos de los bienes usufructuados (artículo 471 CC).

4.º El divorcio no ha ocasionado a la esposa ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio aun cuando su trabajo lo desempeñe en la empresa perteneciente a la familia del esposo.

5.º Ambos trabajan en la empresa familiar del esposo, y perciben 1.059,00 euros al mes la esposa, y en torno a los 1.700 euros el esposo, quien, además, viene obligado a abonar una contribución para alimentos de las hijas en cuantía de 600,00 euros mensuales, actualizable anualmente y asume prestarles alojamiento en León mientras realicen sus estudios lo que, indudablemente, conllevará otros gastos.

Por lo expuesto el motivo debe ser rechazado.

CONVENIO REGULADOR

No se aprueban la cláusula de convenio regulador relativa al uso compartido con división de sus estancias de un inmueble que es propiedad de un tercero, ni las cláusulas que afectan a inmuebles que no han constituido la vivienda familiar al ser además bienes ya en régimen de copropiedad, susceptibles de regular bajo las disposiciones legales de los artículos 392 y siguientes de la ley sustantiva civil.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 12 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Niera 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 estimen las peticiones de la demanda con la aprobación del CR de 9 de septiembre de 2009 y refiere que nos encontramos ante un piso de unos 400 metros cuadrados, el cual se encuentra perfectamente dividido con accesos independientes en el que una parte de dicho piso ha quedado adscrita a vivienda atribuida a la esposa y la otra que lo era para despacho del esposo, psicólogo de profesión, atribuida al esposo.

Se resuelve en la primera instancia estimar la demanda y declarar en consecuencia disuelto por divorcio el matrimonio formado por los litigantes aprobando el CR de fecha 9 de septiembre de 2009 propuesto por las partes en cuanto al contenido legalmente exigible salvo en las previsiones contenidas en las cláusulas e), f), g), h), i), j), k), l), debiendo las partes proponer un nuevo convenio limitado a los puntos no aprobados por el órgano judicial.

En auto dictado con posterioridad se sustituye la cláusula e), del CR suscrito por las partes el 9 de septiembre de 2009 quedando atribuido el uso y disfrute de la vivienda sita en la DIRECCIÓN000 de Madrid y el ajuar doméstico a la hija común mayor de edad así como a su madre por quedar en su compañía, hasta que la citada hija alcance su independencia económica o esté en condiciones de conseguirla conforme a las exigencias de la buena fe con una duración máxima de dos años a computar desde la suscripción del CR.

Se tienen por suprimidas a efectos de ejecución las previsiones del CR suscrito por las partes de fecha 9 de septiembre de 2009 en cuanto a las restantes cláusulas f), g), h), i), k) y l), que no fueron objeto de aprobación en sentencia de divorcio de 22 de diciembre de 2009.

Cierto es que el contenido del artículo 90 del CC establece que el CR a que se refieren los artículos 81 y 86 del CC, deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: a) la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la pp de ambos el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, b) la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, c) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso, d) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, e) la pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer en su caso a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación si procede.

Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía del apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

La Sala comparte plenamente lo resuelto en la primera instancia habida cuenta que el inmueble al que se refiere el apartado e), es propiedad de un tercero distinto de los cónyuges ahora litigantes; estimándose improcedente el uso compartido del inmueble al no constar debidamente acreditado la división del mismo, cuyos servicios de suministros no aparecen individualizados, antes al contrario, según se redacta el apartado e), del CR, extremos que por los demás, en las controversias eventualmente suscitadas, afectarían ya a la administración de bienes en régimen de copropiedad —a regular según las previsiones del artículo 394, ss. y concordantes del CC— y obviamente ajenas ya a la competencia de estos Juzgados de Familia según redacción realizada en Real Decreto de 1322, 1981, de 3 de julio.

En lo que concierne al ajuar doméstico y enseres en virtud de la aplicación del artículo 96 del CC, el destino de los mismos ha de ir unido al uso y disfrute de la vivienda familiar, tal y como se dispone en la resolución apelada.

Por lo que se refiere a los inmuebles contenidos en los apartados F) y G) es claro que las disposiciones de los mismos exceden del contenido de aquella norma reguladora del CR en cuanto tales inmuebles no constituyeron en su momento el domicilio familiar, y por lo tanto no estar integrados en el aparto b), del artículo 90 de la ley civil, y ser además bienes ya en régimen de copropiedad, susceptibles de regular bajo las disposiciones legales de los artículos 392 y ss. de la ley sustantiva civil.

Tales consideraciones son extensivas al contenido de los apartados h), e i), y consignando además que el contenido del apartado j), se refiere al uso de plazas propiedad asimismo de un tercero, ajeno a los litigantes y orilladas por naturaleza, concepto y origen del contenido legal mínimo según redacción del artículo 90 del CC ya citado.

De esta forma, el contenido desarrollado en aquel convenio regulador no constituye en sí la liquidación del régimen económico del matrimonio a que se refiere el apartado d), del artículo 90 del CC, cuya ejecución sin duda, sería conocimiento del Juzgado de Familia, articulándose dichas disposiciones como un proyecto de liquidación futura del régimen económico-matrimonial, cuyas pautas y premisas configuran la aparición de un régimen transitorio de interinidad cuyas normas y regulación tienen pleno encaje, en las disposiciones del régimen de la propiedad en pro indiviso ajenas, por lo tanto, al conocimiento y competencia de los Juzgados de Familia, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la sentencia y auto recurridos.

CUESTIONES PROCESALES

El domicilio familiar está en Londres desde el 8 de abril de 2008. El demandante manifiesta residir en Gavà, en el que fuera antiguo domicilio familiar. Ambos cónyuges tienen la nacionalidad española, el Juzgado *a quo* es competente para el divorcio tanto por sumisión del demandante ante una jurisdicción competente según el Reglamento comunitario como por sumisión expresa de la demandada a esa misma jurisdicción competente.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

El auto cuya parte dispositiva ha sido transcrita es apelado por el demandante, que impugna la estimación de la declinatoria interpuesta por la demandada. Ésta y el Ministerio Fiscal se oponen a la apelación y piden la confirmación del auto.

La declinatoria se basa en el Reglamento comunitario 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y las cuestiones de responsabilidad parental («Bruselas II bis»).

A tales efectos debe señalarse que el domicilio familiar está en Londres desde el 8 de abril de 2008 (según resulta de la escritura de propiedad obrante a los folios 211 y siguientes). El demandante manifiesta residir en Gavà, en el que fuera antiguo domicilio familiar (según resulta del folio 19). Ambos cónyuges tienen la nacionalidad española (y la demandada también la peruana).

El artículo 3 del Reglamento establece una serie de fueros «alternativos», todos ellos competentes para el conocimiento de la acción de divorcio. Basta la mera lectura de sus puntos de conexión, todos ellos disyuntivamente enlazados, para llegar a esa conclusión, que confirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de julio de 2009, que cita la parte apelante.

El artículo 6 declara fueros obligatorios esos fueros, todos ellos y cualquiera de ellos, pero cabe opción entre ellos. Si cualquiera de los fueros enunciados es competente, no cabe la declinatoria ni la estimación de oficio de la falta de competencia según el artículo 17, pues este precepto exige que la declinación de competencia se base en la exclusión de la propia y la constatación de la del otro estado miembro de la UE. Cuando los tribunales de ambos estados son competentes, no cabe la declinación de competencia, salvo el supuesto del artículo 15 (órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto). En el supuesto de competencias concurrentes también cabrá la sumisión, expresa o tácita.

La competencia del juzgado *a quo* deriva del artículo 3.b): «... órganos jurisdiccionales del Estado miembro... b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "**domicile**" común». La tesis interpretativa de la demandada no puede ser admitida, pues pretende primar el concepto de «*domicile*» en detrimento de la nacionalidad cuando uno de los Estados miembros en juego sea, como aquí, el Reino Unido (o Irlanda). En ese supuesto los órganos jurisdiccionales de la nacionalidad común o del «domicile» común serán competentes. El demandante ha optado por los primeros.

A mayor abundamiento, la demandada se había sometido expresamente a los tribunales españoles. En efecto, el 13 de julio de 2009 los litigantes comparecieron ante la «High Court of Justice» de Londres en el proceso instado por la demandada y «Upon the Petitioner and the Respondent acknowledging and agreeing: 1. that divorce proceedings issued in the Court of First Instance No. 3 in Gava Barcelona Spain under Petition No. do proceed; 2. that all proceedings by the Petitioner herein in England and Wales be dismissed». La traducción jurada erróneamente traduce: «Con el reconocimiento y acuerdo de la Demandante y el Demandado: 1. de que los procedimientos de divorcio establecidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gavà, Barcelona, España bajo el núm. de petición 322/2009 están en curso; 2. de que todos los procedimientos establecidos por la Demandante aquí en Inglaterra y Gales quedan desestimados», cuando el sentido correcto es «Con el reconocimiento y acuerdo de la demandante y el demandado: 1. de que el procedimiento de divorcio instado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gavà, Barcelona, España, bajo el núm. de petición 322/2009, prosiga; 2. de que todos los procedimientos instados por la Demandante aquí en Inglaterra y Gales sean desestimados».

Por tanto, el juzgado *a quo* es competente para el divorcio tanto por sumisión del demandante ante una jurisdicción competente según el Reglamento comunitario como por sumisión expresa de la demandada a esa misma jurisdicción competente.

La demanda también aborda las medidas relativas a los hijos menores comunes, incluidos los alimentos para esos menores.

El artículo 12 del Reglamento, como excepción al artículo 8 —único invocado por la demandada—, prorroga la competencia del juzgado competente para el divorcio para «las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda», cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental, lo cual es el caso al ser la patria potestad compartida; y además la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca, lo cual también es el caso; y además, que responda al interés superior del menor, lo cual también es el caso puesto que en Gavà está al anterior domicilio familiar y sería perjudicial que las medidas relativas a los hijos fueran adoptadas sin vinculación al divorcio de los padres.

Resta por analizar, aunque ni el juzgado *a quo* ni las partes lo suscitan, la competencia para la cuestión de los alimentos.

No siendo todavía de aplicación, hasta el 18 de junio de 2011, el Reglamento CE 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, debe aplicarse el Reglamento CE 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; su artículo 5.2 establece que la acción de alimentos podrá ejercitarse «... si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta...». Siendo competente el juzgado *a quo* para el divorcio y las demás medidas relativas a los menores, según la ley del foro, que no es otra que el Reglamento 2201/2003, también lo es para la acción alimenticia. A igual conclusión se llega si, como ley del foro, se aplica el artículo 79 del Codi de Família de Catalunya (CF) en relación al artículo 76.1.c) CF.

Resulta palmaria la falta de legitimación activa del padre para articular el reconocimiento de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna con base en lo prevenido al efecto en el artículo 160 CC, pues tal pretensión la realiza el padre por sí mismo sin acreditar razón para ello (no consta ni consentimiento de ésta, ni audiencia de la abuela a tal efecto).

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Romero Costas**

Se pide también en autos el reconocimiento de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna con base en lo prevenido al efecto en el artículo 160 CC, a lo que se opone de contrario la falta de legitimación activa del padre a tal objeto. Ha de darse la razón a la representación de la madre opuesta toda vez que resulta palmaria la falta de legitimación activa del padre para articular tal pretensión y su inviabilidad en la alzada y dadas las premisas básicas del precepto con base en el cual sostiene su petición. Efectivamente, no puede desconocerse que la legitimación activa que se deriva del artículo 160 CC se localiza directamente en el menor (no es el caso), abuelos, parientes y allegados. A su vez, resulta que aquí (SAP S 2.ª Badajoz 2 de julio de 2007; Toledo S 1.ª 28 de marzo de 2007; PO S 1.ª 22 de febrero de 2007;...) no solamente lo pide el padre por sí mismo sin acreditar razón para ello (no consta ni consentimiento de ésta, ni audiencia de la abuela a tal efecto siquiera), siendo que además se introduce tal pretensión sólo ahora en la alzada, por ello, más allá del alcance de la oposición tácita que contempla el artículo 496 LEC/2000 sin posibilidad de asirse a tal norma, ni de incluirlo como objeto de litis conforme a lo prevenido en los artículos 412 y 456 LEC/2000 en relación al artículo 752 LEC/2000, ya que tampoco resulta en autos un hecho debatido objeto de prueba. Por último, tal solicitud prescinde en todo caso de argumentar siquiera, ya no digamos intentar probar la oposición de la madre a las visitas de la abuela (A. 160 pfo. 3.ª CC «En caso de oposición...»).

Competencia de los Tribunales españoles para tramitar un procedimiento de modificación de visitas aunque el menor y la madre tengan su residencia en Alemania.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

El auto cuya parte dispositiva ha sido transcrita es apelado por el demandante que pretende sea desestimada la declinatoria de la demandada, que a su vez pretende la competencia de los tri-

bunales alemanes. La demanda versa sobre custodia, régimen de visitas y alimentos de la hija menor común de los litigantes.

La apelada y el Ministerio Fiscal interesan la confirmación del auto apelado.

En primer lugar debe analizarse si la demandada se sometió a la jurisdicción del Juzgado *a quo* por haber contestado la demanda. Efectivamente, la demandada contestó la demanda en fecha 26 de noviembre de 2009. La declinatoria debió inadmitirse a trámite como tal, porque la demandada debió articularla en el plazo de los 10 días primeros para contestar la demanda, según el artículo 64.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y no dentro de los cinco días tras la citación para la vista (y menos tras la nueva citación por haber pedido aplazamiento, como admite el Juzgado *a quo*), pues ese plazo no es alternativo sino propio de los juicios verbales sin contestación escrita, que no es el caso de los verbales de familia del artículo 753 LEC.

No obstante, lo anterior carece de trascendencia porque, no cabiendo la sumisión tácita, el escrito de declinatoria opera como denuncia de incompetencia y el propio juez debe examinarla de oficio. Ello resulta del artículo 769.4 LEC, para los supuestos nacionales. En cuanto a la competencia internacional, ese examen de oficio viene obligado por el artículo 38 LEC (que el auto apelado invoca) pero sólo en los supuestos de competencia exclusiva de otro Estado (artículo 36.2.2.ª LEC), lo cual no es el caso. En el presente supuesto, el examen de oficio viene impuesto por el artículo 17 del Reglamento comunitario 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y las cuestiones de responsabilidad parental («Bruselas II bis»), lo que supone analizar el doble requisito de que ese reglamento no atribuye competencia al juzgado español y sí la establece para los tribunales del otro Estado de la Unión Europea, pues cabe la hipótesis de competencias no exclusivas.

Partiendo, a los solos efectos dialécticos, de la tesis de la demandada apelada según la cual el traslado de la menor fue lícito, deben sentarse ciertos hechos procesales. La demanda fue presentada el día 1 de septiembre de 2009 y en su documento anexo número 3 (que la demandada en su contestación reconoce y asume como propio bajo el número 3 bis) la demandada comunicó al demandante que se trasladaba a vivir a Alemania con la hija común. Esa carta aparece enviada por burofax el 2 de junio de 2009 (folio 23 de los autos). Ésa es la fecha de la que debe partirse. Es decir, la demanda fue presentada dentro de los tres meses del traslado de la menor a Alemania.

Así pues, el Juzgado *a quo*, en el examen de su competencia, debió concluir que es aplicable, cuando menos, el artículo 9 del Reglamento, ya que 1) dando por supuesto a esos efectos que el traslado fue legal; 2) la demanda versa entre otras cosas sobre la modificación de visitas y la propia demandada también pide la modificación del régimen de visitas (aunque sin cambio de custodia); 3) el régimen de visitas del padre está regulado por sentencia del Juzgado *a quo* antes de que la menor haya cambiado de residencia; y 4) el padre continúa residiendo en España, anterior residencia de la menor.

Debe señalarse también a los efectos de artículo 9.2 del Reglamento, por la confusión que la demandada pretende introducir en su oposición a la apelación, que el padre no ha admitido la competencia de los juzgados alemanes por haber instado ante ellos el retorno de la menor según el Convenio de La Haya de 1980, pues según éste los tribunales del Estado a donde ha sido trasladada la menor sólo deben decidir si acceden al retorno o no, y ello no implica nada más en cuanto a su competencia (artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980).

Tampoco supone sumisión a los tribunales alemanes el hecho de haber interpuesto el hoy apelante una solicitud de ejecución del régimen de visitas fijado por el Juzgado de Familia núm. 45 de Barcelona, aquí juzgado *a quo*, que dio lugar a la resolución del Juzgado local de Bamberg de 8 de julio de 2009, pues se trata de una ejecución y no de la declaración de derechos, y la ejecución siempre corresponde a los juzgados del país donde debe realizarse o iniciarse la ejecución.

Tampoco supone sumisión a los tribunales alemanes el hecho de haber comparecido ante el Juzgado local de Obemburgo del Meno para defenderse de la petición cautelar de suspensión de vistas pretendida por la madre, que fue acordada por resolución de 30 de septiembre de

2009, pues como consta en esa resolución (folio 292) el compareciente alegó incompetencia del juzgado alemán, de suerte que no se da la excepción de sumisión prevista en el artículo 9.2 del Reglamento.

Una primera conclusión es, por tanto, que cuando menos el Juzgado *a quo* es competente para modificar el régimen de visitas de la menor.

Procede ahora analizar la relevancia de la declaración de legalidad del traslado de la menor y su incidencia para una posible aplicación del artículo 10 del Reglamento (como excepción de su artículo 8.1, según el artículo 8.2).

El Tribunal Regional Superior de Bamberg, por vía de apelación, en su resolución de 14 de enero de 2010, ha declarado que el traslado de residencia de la menor fue lícito y no procede la restitución. Como cuestión procesal previa debe señalarse que el Tribunal alemán incumple el artículo 11.6 del Reglamento, pues haciendo premisa de su conclusión de legalidad del traslado —*petitio principii*— no envía su resolución a España pese a acordar la no restitución. Afirma erróneamente que no aplica el artículo 13 del Convenio de La Haya, cuando en realidad, al declarar la existencia de acuerdo tácito del padre está aplicando el artículo 13.a) —*in fine*— de ese convenio. De hecho, lo que se inició como un traslado ilícito (el padre no lo había consentido) acabó siendo lícito por consentimiento tácito posterior («había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención»). Así pues, en defecto de esa remisión de la jurisdicción alemana a la española según el citado artículo 11.6 del Reglamento, la Sala debe analizar la decisión alemana en cuanto al fondo.

El Tribunal alemán considera que el padre, en virtud del artículo 139.4 del Codi de Família de Catalunya (CF), había dado su acuerdo tácito. El Tribunal alemán parte, contra el dictamen de una ius-internacionalista española, de la necesidad de acuerdo del padre, pues éste, según el derecho español, específicamente el derecho civil catalán, comparte la patria potestad de su hija y en tal medida participa en el concepto autónomo internacional de derecho de «custodia» según lo definen los artículos 2.9 del citado Reglamento y 5.a) del Convenio de La Haya de 1980, ya que ambos progenitores tienen el derecho (conjunto) de decidir sobre el lugar de residencia de la menor [artículo 2.11.b) del Reglamento]. El Tribunal alemán no aplica el derecho alemán, como interpreta erróneamente el apelante. Esta Sala comparte el criterio del Tribunal alemán en cuanto a la exigencia de consentimiento del padre para cambiar la residencia de la menor.

Por lo que atañe al consentimiento tácito, el burofax de 2 de junio de 2009 no pide el consentimiento del padre para el traslado, como señala el apelante, pero no es menos cierto que es suficientemente explícito para que, si el receptor disentía del traslado, respondiera en tal sentido dentro del plazo de los 30 días previstos en el artículo 139.4 CF. Se ha operado la subsanación de la ausencia de consentimiento inicial y el traslado de la menor debe considerarse lícito a los efectos del Reglamento.

Por ello, no procede aplicar el artículo 10 sino el 8 del Reglamento, y a su tenor, a fecha 1 de septiembre de 2009, cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado español la competencia en cuanto a potestad parental y custodia, pero no para la modificación del derecho de visitas, correspondía ya a los tribunales alemanes, sin perjuicio de la ley aplicable al fondo.

Resta por analizar, aunque ni el Juzgado *a quo* ni las partes lo suscitan, la competencia para la cuestión de los alimentos, que tanto la demanda como la contestación abordan.

No siendo todavía de aplicación, hasta el 18 de junio de 2011, el Reglamento CE 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, debe aplicarse el Reglamento CE 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; su artículo 5.2 establece como competente «el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos o, si se tratare de una demanda incidental a una acción relativa al estado de las personas, ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta...». Según ambos criterios son competentes los tribunales alemanes por ser acreedora la menor y por razón de la competencia para las cuestiones de potestad parental y custodia según la ley del foro, que no es otra que el Reglamento

2201/2003. A igual conclusión se lleva considerando como ley del foro el segundo párrafo del artículo 769.3 LEC, estando el domicilio de la demandada y de la menor en Alemania.

Se acuerda el archivo del procedimiento al no haber subsanado la actora la falta de aportación de la certificación original de nacimiento de uno de los hijos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de Doña Amanda se alzó contra la resolución de instancia reclamando que se dicte resolución estimatoria en la que se tenga por cumplidos los requisitos para admitir la demanda de divorcio de mutuo acuerdo presentada y se mande al Juzgado de Instancia continuar el juicio por sus trámites hasta que sea dictada sentencia estimatoria según el suplico contenido en la demanda.

D.ª Amanda a través de su representación procesal presentó el 9 de febrero demanda de divorcio de mutuo acuerdo aportando la certificación original de matrimonio y la de nacimiento del hijo Hernán, pero no de la hija D.ª Eufrasia y a pesar de que el Juzgado de Instancia en expresión del principio de subsanación por providencia de 15 de marzo de 2010 concedió a la parte demandante un plazo de 10 días hábiles para subsanar este defecto esta parte no aportó dicha certificación original. Por ello, de conformidad con el artículo 770-1.º de la LEC que establece que a la demanda deberán acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho y no existiendo motivo para excluir el requisito referido la resolución de instancia es ajustada a derecho y el recurso de apelación no puede prosperar.

Se inadmite a trámite la demanda de modificación de medidas instada directamente por la hija mayor de edad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de noviembre de 2010

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 tenga por interpuesto el recurso y alega que si bien la legitimación activa y pasiva corresponden a las partes firmantes del convenio que consta en los presentes autos, el artículo 775 de la LEC legitima al MF habiendo hijos incapacitados para solicitar la modificación siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias, como es el caso dado el informe de minusvalía que se aportó en su momento de Tania.

Se resuelve en la primera instancia, se inadmite a trámite la demanda de modificación de medidas promovida por la Procurador Doña Aranzazu Fernández Pérez en nombre y representación de Tania, frente a Enrique, criterio resolutorio que la Sala no puede sino compartir a la vista de cuanto se regula en el artículo 775 de la LEC.

Dispone este precepto en orden a la modificación de medidas definitivas que el MF, habiendo hijos menores o incapacitados y en todo caso los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Estas peticiones sigue diciendo aquel precepto se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 771. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente.

Las partes, podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.

La regulación procesal de la modificación de las medidas de sentencia se hace por remisión al procedimiento contencioso, o al procedimiento consensual y tal regulación zanja en el sentido adecuado la discusión sobre la posibilidad de sustituir unas medidas fijadas en sentencia por otras provisionales, incluso, cuando aquéllas ya no responden a la situación actual y la espera causa consecuencias indeseables.

Es claro que tal actuación ha de llevarla a cabo quien tiene la condición de parte procesal legítima, es decir, tal y como establece la LEC, serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, según dispone el artículo 10 de la citada ley procesal, y ésta la sustentan, sin duda, los cónyuges, siendo también el MF parte en el proceso y legitimado para la acción según regula el artículo anteriormente citado y todo ello al margen de la capacidad de la madre en este caso, dada la mayoría de edad de la ahora recurrente —como nacida en el año 1981 y cuya incapacidad no consta en las actuaciones— y si concurren las condiciones del artículo 93.2 del CC, tras la sentencia del TS de 24 de abril de 2000, para ser parte en el procedimiento, en orden a su legitimación para la acción modificativa entablada y de la propia acción de la interesada para reclamar en su propio nombre y ya personalmente, y si se dan también las condiciones para ello, los alimentos en virtud de lo dispuesto en los artículos 142 y ss. del CC, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la resolución recurrida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No puede condicionar el pago de la pensión al hecho de que la madre no haya designado una cuenta corriente donde efectuar el abono. Es un tanto extraño también que se dejen pasar cinco años por parte de la madre sin hacer ningún tipo de reclamación —no es dicha actitud lo normal—, pero también es cierto que la deuda está vigente y, por lo tanto, es exigible.

AP Castellón, Sec. 2.ª, Auto de 28 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes**

La Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, apartado XVII, resalta, por un lado, la novedad que supone, respecto del régimen de la Ley de 1881, «el establecimiento de un régimen de posible oposición a la ejecución de sentencias y títulos judiciales», y, por otro, la necesidad, que imponen «la realidad y la justicia», de permitir la oposición a la ejecución de tales títulos por «unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración»; en cuanto a la oposición a la ejecución por títulos extrajudiciales, la misma Exposición de Motivos advierte que admite «un elenco de causas de oposición más nutrido que el permitido en la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales, pero no tan amplio que convierta la oposición a la ejecución en una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva», y justifica la diferencia en cuanto a la amplitud de los motivos de oposición «en la existencia, o no, de un proceso anterior».

Es obvio, por tanto, que la enumeración que se hace en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los motivos de oposición a la ejecución de títulos judiciales y arbitrales es *numerus clausus* y no admite interpretación extensiva o analógica, de donde cabe racionalmente deducir que la inclusión de la compensación en el artículo 557 y no en el 556 no es resultado de un lapsus u olvido del legislador, sino que es consecuencia de una limitación buscada de propósito, que tiene por finalidad agilizar el proceso de ejecución de Sentencias y otros títulos judiciales y arbitrales, impidiendo que se pueda obstaculizar la ejecución por motivos de fondo extraños a la propia ejecutoria, y que no guardan conexión objetiva con ella, puesto que, tal y como se razona en la Exposición de Motivos, no cabe olvidar que el proceso de ejecución, a diferencia del de los títulos no judiciales, ha ido ya precedido de otro proceso, el declarativo, lo que no produce indefensión alguna al ejecutado, puesto que se le garantiza la posibilidad de invocar los derechos que no pudiera oponer en la oposición a la ejecución en el proceso en el que hayan sido reconocidos, o en un ulterior proceso declarativo (artículo 564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Ciertamente, el convenio regulador de fecha 7 de julio de 1997 aprobado por Sentencia de fecha 8 de septiembre de 1997 en el procedimiento de separación matrimonial número 176/97 del Juzgado de Segorbe establecía en su Cláusula segunda que la pensión por alimentos se abonará «... entre los días 1 a 15 de cada mes, a D.ª Lidia, mediante ingreso en la cuenta corriente o cartilla que ésta designe». Sin embargo, el demandado en el procedimiento de ejecución y ahora apelante, no puede condicionar el pago de la pensión al hecho de que la demandada no haya designado una cuenta corriente donde efectuar el abono. Es un poco lamentable que dicha importante obligación de contribución a los gastos de su hijo, la quiera condicionar ahora a dicha falta de designación. La obligación existe y es líquida y exigible, y tiempo tuvo el demandado de consignar la cantidad correspondiente por cualquier medio notarial o judicial, o de exigir a la contra parte la designación de una cuenta. No es aplicable el artículo 1256 del CC, puesto que la designación de una cuenta no puede tener nunca los efectos que se pretende por la parte. Se quiere también justificar que dicha falta de designación, fue debida a un acuerdo entre la partes para el no abono de la cantidad correspondiente, pero dicho extremo no ha sido acreditado de ninguna de las formas establecidas en el Ley, ni se ha propuesto alguna prueba tendente a ello. Es un tanto extraño también que se dejen pasar cinco años —al menos los ahora reclamados— por parte de la demandante sin hacer ningún tipo de reclamación —no es dicha actitud lo normal—, pero también es cierto que la deuda está vigente, y por lo tanto es exigible. En consecuencia, procede desestimar el motivo de oposición alegado, confirmando la resolución recurrida.

Habiéndose allanado la esposa a la demanda de extinción de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, no puede despacharse ejecución por las pensiones devengadas desde la presentación de la demanda hasta el dictado de la sentencia, pues supone un enriquecimiento injusto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Por la dirección de la parte apelante se interesa se acuerde despachar ejecución por importe de 1.974,36 euros, al incluirse en dicho importe las cantidades no abonadas en la fecha en la que se presenta la demanda ejecutiva y alega que únicamente resultaría no obligado al pago de la pensión de alimentos establecida a favor de su hija mediante la sentencia de divorcio dictada en fecha 18 de marzo de 1992 una vez que se haya dictado resolución mediante la cual se acuerde

su extinción y no por voluntad o determinación unilateral que está obligado a su abono.

Así pues, no habiéndose dictado resolución judicial que pusiera fin al procedimiento en el que se determine la extinción de la pensión de alimentos en su día establecida, en el momento en el que se insta la demanda ejecutiva y no habiéndose procedido al abono de los importes correspondientes resulta procedente la reclamación de estas cantidades devengadas hasta el mes de diciembre de 2008 y no hasta el mes de julio de 2008.

Por su parte Don Fidel pide que se confirme el auto y alega que la hija del matrimonio en julio de 2008 cuando se presentó la demanda de modificación de medidas contaba con 23 años de edad, solicitándose en dicha demanda la supresión de la obligación de prestar alimentos por parte del recurrido.

La recurrente se allanó a la pretensión de la modificación en escrito de 23 de noviembre y presentado el 2 de diciembre de 2008 por lo que entiende que la pensión de diciembre en todo caso no se debería incluir por la teoría de los actos propios.

Y no se acredita que en los meses de agosto a diciembre la hija conviviera junto a la madre.

Se resuelve en la primera instancia acordar la continuación del procedimiento de ejecución por un total de atrasos por pensión alimenticia, de enero de 2004 a julio de 2008 inclusive, 917 euros, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

En efecto consta en los autos que en su momento se interpuso demanda de modificación de medidas, en la que se señalaba entre otras cuestiones, que la hija del matrimonio de 23 años de edad y significando que desconoce si está trabajando o si está viviendo con su madre o si por el contrario se ha independizado ya.

Se solicita se deje sin efecto la pensión de alimentos en su día acordada por concurrir causa de extinción, fechando tal pretensión de 29 de julio de 2008.

La resolución que recae en dichas actuaciones contiene un fallo de sentencia que expresamente dispone que se deja sin efecto la pensión alimenticia de la hija mayor de edad desde la fecha de presentación de la demanda, debiendo tener presente en todo caso que dicha resolución se dicta, tras presentar la demandada escrito por el que se muestra «conforme con la pretensión de la parte demandante relativa a dejar sin efecto la pensión de alimentos que en su día se estableció a favor de Doña María Esther, por cuanto las circunstancias existentes en relación con la situación de la hija común han variado únicamente al haber alcanzado la mayoría de edad y por el hecho de haber finalizado sus estudios en el mes de junio…».

Se pide, por lo tanto, se tenga por allanada a la demandada.

Es claro que las resoluciones han de ser cumplidas en sus propios términos según establece el artículo 18 de la LOPJ debiendo respetar por esenciales principios de seguridad jurídica las disposiciones de las resoluciones judiciales siendo así que la sentencia que finalmente pone fin al procedimiento de modificación de medidas instado por el ahora apelado declaró que dicha medida extinguiendo la pensión alimenticia cobraría vigencia desde la fecha de presentación de la demanda.

Tal acuerdo es plenamente conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso si tenemos en cuenta que la parte demandada expresa su conformidad a la pretensión demandante y por ello articula procesalmente su allanamiento, al considerar no se dan ya las condiciones para mantener la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, todo ello en los términos del artículo 93.2 del CC, de modo que prolongar los efectos de aquella sentencia de divorcio que en su día fijó los alimentos a favor de la mencionada hija, más allá del momento procesal de la presentación de la demanda, en el que ya concurren aquellas causas de extinción de la pensión cuestionada, supone infringir esenciales principios de la buena fe, originando con ello un enriquecimiento injusto que no cabe amparar, no pudiendo por lo tanto traer a colación y ser objeto de aplicación esencialmente formalista, cuanta normativa concierne al comienzo de la vigencia de las resoluciones judiciales, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar el auto.

Los intereses legales en fase de ejecución vienen impuestos *ope legis*, no precisan ni de petición de parte ni de condena expresa (por todas STS de 18 de marzo de 1993) y son debidos desde la sentencia de cuya ejecución se insta.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo**

Intereses del artículo 576 LEC. Sostiene que no cabe aplicar el interés por no tratarse de cantidad líquida y que en todo caso lo sería desde el auto que despacha ejecución, no desde la demanda ejecutiva. Como es sabido los intereses procesales, los del artículo 576 de la LEC, según conocida y reiterada jurisprudencia, vienen impuestos *ope legis*, no precisan ni de petición de parte ni de condena expresa (por todas STS de 18 de marzo de 1993). Como son debidos desde la sentencia de cuya ejecución se trata, no cabe modificar el criterio establecido en la resolución recurrida.

Los límites propios del procedimiento ejecutivo excluyen la posibilidad de que el ejecutado articule, dentro del mismo, una demanda reconvencional para reclamar los créditos que pueda ostentar frente al ejecutante.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Previene el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Añade el Tribunal Supremo, ya desde viejas sentencias como la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

Bajo tales ineludibles exigencias de carácter general, el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tratándose, como en el caso acaece, de ejecuciones basadas en un título judicial, no admite otros medios de oposición que el pago o cumplimiento, que ha de justificarse documentalmente, así como la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos o transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que los mismos consten en documento público.

En el supuesto examinado, y según se ha expuesto, el ahora apelante hace referencia, en cuanto primer motivo de su oposición a la ejecución despachada en su contra, a la existencia de un pacto entre los litigantes por el que se modificó el régimen de custodia, que pasaba a ser compartida, por lo que se acordó igualmente, según se expone, que dicho progenitor no abonaría ninguna cantidad más en concepto de alimentos.

Pero es lo cierto que, negada por la parte ejecutante la existencia de tal pacto, el mismo, en la hipótesis de responder a la realidad, no ha quedado reflejado en documento público, tal como exige, en orden a la postulada exoneración, el referido artículo 556. A mayor abundamiento, tampoco se propuso, durante la celebración de la vista ante la Juzgadora *a quo*, la declaración de doña Emilia, en orden a la posible acreditación del referido pacto verbal.

De otro lado, el abono por don Adriano de determinados gastos extraordinarios no implica el pago o cumplimiento de la pensión alimenticia mensual, en los términos estipulados por las partes y sancionados judicialmente, y tampoco resulta viable, a los fines debatidos, la compensación de créditos que late en el fondo del planteamiento que realiza la Letrada de dicho litigante, habida cuenta que tal motivo de oposición no es aplicable a supuestos, como el presente, de

ejecución de títulos judiciales, según se infiere del cotejo del referido artículo 556 con el 557 del mismo texto legal.

Los límites propios del procedimiento ejecutivo que, conforme a su normativa legal, excluyen la posibilidad de que el demandado articule, dentro del mismo, una demanda reconvencional para reclamar los créditos que el mismo pueda ostentar frente al demandante, impiden además la ponderación, en el presente cauce procesal, de los gastos extraordinarios que el apelante dice haber efectuado, lo que no excluye las acciones que al mismo puedan corresponder para su reclamación en vía ejecutiva, pero ello mediante la presentación, por su parte, de la correspondiente demanda, no acumulable, en ningún caso, a la formulada de contrario.

En consecuencia, no se ofrecen a nuestra consideración motivos hábiles en derecho que nos pudieran hacer discrepar del criterio decisorio al efecto recogido en la resolución impugnada, pues el mismo, incluido el pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales (*vid.* artículo 561.1.1.ª LEC) se encuentra indiscutiblemente amparado por las previsiones legales de aplicación al caso.

El incumplimiento del régimen de visitas se ha producido por el cambio unilateral del domicilio materno y, por tanto, del lugar de residencia del menor, al haberse trasladado ambos a Guadalajara, y esta Sala sentenciadora no puede consentir que se hayan producido unos hechos consumados de una manera totalmente arbitraria por uno de los litigantes, procediendo en consecuencia seguir adelante con la ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 7 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Magistrada-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, se dictó Auto de fecha 26/06/2010 mediante el que se desestimó la oposición formulada por Doña Zaira, a la que se condenó en las costas procesales. El anterior Auto fue subsanado por otro de fecha 28 de octubre de 2009 en el solo sentido de que cuando en la anterior resolución se hace referencia a la localidad de Albacete, debe indicar Guadalajara (*sic*).

Frente a la expresada resolución se alzó Doña Zaira, interesando se deje sin efecto el Auto recurrido, por entender que no ha existido un incumplimiento por su parte del régimen de visitas; y especialmente, por vulnerar los derechos del menor en cuanto a la ejecución forzosa del régimen de visitas, que es de imposible cumplimiento (*sic*).

D. Fermín se opuso al recurso formulado de contrario, interesando su desestimación y la confirmación del Auto recurrido en todos sus extremos, con una expresa imposición de costas a la apelante. El Ministerio Fiscal se opuso asimismo al recurso formulado por Doña Zaira.

Lo cierto es que este incumplimiento del régimen de visitas se ha producido por el cambio unilateral del domicilio materno y, por tanto, del lugar de residencia del menor, al haberse trasladado ambos a Guadalajara.

La madre aduce la imposibilidad en tales circunstancias de cumplimentar las visitas paternas en el Punt de Trobada, puesto que, al no residir el menor ya en Cataluña, el centro no se considera competente para prestar este servicio.

Termina afirmando la madre recurrente que los órganos jurisdiccionales deben adoptar en cualquier tipo de procedimiento las medidas necesarias para preservar adecuadamente los superiores intereses de los menores.

Esta argumentación de la madre, sin embargo, resulta altamente especiosa. Desde un punto de vista estricto de la juridicidad, esta Sala sentenciadora no puede consentir que se hayan producido unos hechos consumados de una manera totalmente arbitraria por uno de los litigantes.

Así, si la recurrente entiende que su postura está suficiente y razonablemente justificada lo que tendría que haber hecho es solicitar en el

propio procedimiento de modificación de medidas, que afirma haber entablado, alguna medida cautelar urgente de las previstas en el artículo 158 del CC; y ello, ante el carácter perentorio y de urgente necesidad del establecimiento de las medidas cautelares, en razón de las graves circunstancias que el citado precepto describe y que, con su adopción, se pretenden evitar.

Cualquier otra solución que se adoptase implicaría consolidar vías de hecho o planteamientos de cualquiera de los litigantes contrarios a la más mínima razonabilidad y lógica jurídica, que de ninguna forma deben ser tolerados.

En cuanto a la argumentación de la recurrente de que el Punt de Trobada es incompetente para que en él puedan desarrollarse visitas de no residentes en Cataluña, es el juzgado quien tiene la facultad de decidir sobre esta materia, y no la Administración. Por tanto, si resultase cierto que en el Punt de Trobada le han obstaculizado el cumplimiento del régimen de visitas debió poner en conocimiento del órgano jurisdiccional.

Con base en todo cuanto se acaba de exponer, y sin necesidad de mayores razonamientos, el presente recurso debe ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Respecto del préstamo personal suscrito por el esposo, ciertamente se concertó con anterioridad a la fecha en que ambos litigantes contrajeron matrimonio, si bien dicho préstamo tenía como destino sufragar los gastos iniciales del matrimonio, por lo que, de conformidad con los artículos 1364 y 1398 del Código Civil, deberá integrarse el saldo pendiente en el pasivo de la sociedad de gananciales.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Marta Cortés Martínez**

Respecto del préstamo personal suscrito por D. Romeo, ciertamente el mismo es suscrito con anterioridad a la fecha en que ambos litigantes, contrajeron matrimonio, el matrimonio tuvo lugar en fecha 27 de noviembre de 2004 y el Préstamo fue solicitado por D. Romeo en fecha 11 de noviembre de 2004, préstamo que como obra al Folio 113 de los autos tiene la consideración de Préstamo Empleado para Boda, resultando acreditado como así se recoge en la Sentencia de Instancia, que dicho préstamo tenía como destino sufragar los gastos iniciales del matrimonio, por lo que de conformidad con los artículos 1364 y 1398 del Código Civil, deberá integrarse el saldo existente a la fecha de 2 de mayo de 2007, cuyo importe ascendía según el citado Certificado emitido por el Banco Sabadell Atlántico obrante al Folio numero 113 de los Autos a la cantidad de 6.559,60 euros, no apreciándose en la Sentencia de Instancia, respecto de la inclusión en el pasivo del Inventario, ni error en la apreciación de la prueba ni infracción de los artículos del Código Civil aplicados.

Se considera como consorcial la parte de indemnización correspondiente al período posterior a la celebración del matrimonio y como privativa la anterior. No existe prueba, sin embargo, de que esa parte consorcial existiese a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós**

Deuda del consorcio por una parte de la indemnización por despido de 18.000 euros que tuvo lugar el 28 de abril de 1994. D.ª Inocencia entró a trabajar en «Meniscos Dentales,

S.L.» el 17 de septiembre de 1973 y contrajo matrimonio el 29 de agosto de 1988, siendo despedida el 28 de abril de 1994, con una indemnización por despido de 18.000 euros, de los que la sentencia considera como consorcial la parte de indemnización correspondiente al período posterior a la celebración del matrimonio y como privativa la anterior. La parte de indemnización posterior a esa fecha sería según la sentencia común y la anterior privativa.

No existe prueba, sin embargo, de que esa parte consorcial existiese a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal, que es cuando han de existir los bienes incluidos en la liquidación (artículo 1397.1 CC), además de que, aun obtenida esa suma dentro de matrimonio —entre 1988 y 1994—, no puede integrar concepto en la partida del activo, pues, no existiendo prueba de actuación fraudulenta por parte de la Sra. Inocencia, debe entenderse consumida en atenciones de la familia y aplicada a los gastos corrientes de ésta.

Los fondos de inversión se abrieron y permanecen a nombre de cada hijo, tratándose de dinero donado por los padres y por ello de la propiedad privativa de aquéllos.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garós**

Fondos Ibercaja Capital e Ibercaja Gestión. La sentencia los cataloga como bienes privativos de los demandados, negando la consideración de consorciales que el Sr. Luis Pedro defiende diciendo que si según el propio Juzgador no consta de manera expresa cuál era intención de los padres cuando suscribieron dichos valores, ello dice de su certeza sobre la titularidad consorcial de ambos fondos, suscritos por el matrimonio. Lo cierto es, sin embargo, que los fondos se abrieron y permanecen a nombre de cada hijo, tratándose de dinero donado por los padres y por ello de la propiedad privativa de aquéllos.

Mercedes Benz E-320. Insiste el recurrente en que este vehículo le fue cedido para su uso en 2006 —no se dice por quién— a cambio de hacerse cargo de su mantenimiento, pero que su propiedad no se le trasmitió hasta 2009, habiéndolo adquirido el 14 de diciembre de 1909, ya disuelto el consorcio, con dinero privativo suyo. En demostración de este hecho aporta la factura del folio 935, carente de sello ni firma y no adverada de ningún modo. En contra, del folio 299 resulta que el Sr. Luis Pedro tenía asegurado el vehículo en junio de 2006, con anterioridad al fallecimiento de la esposa y la disolución del consorcio. Situación en la que, del todo insuficiente la prueba representada por la referida factura, debe estarse al carácter consorcial del vehículo, *ex* artículo 35.1 Ley 2/2003, a cuyo tenor «Se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo, con arreglo a los artículos anteriores, no pueda justificarse».

Titularidad del 100% de las participaciones de «Comercial Arija». La sentencia presume su carácter consorcial a la vista, por un lado, de que en la escritura de constitución de la sociedad —14 de enero de 1992— no se hace mención de la procedencia del dinero desembolsado para la constitución de la sociedad —de las 100 participaciones de 5.000 pesetas cada una que integraban el capital social el Sr. Luis Pedro suscribió 98 y 2 su fallecida esposa—, y de que, por otro, en la escritura de ampliación de 22 de marzo de 1993 consta que la misma la suscriben íntegramente los dos socios.

En contra dice el recurrente que en tal razonamiento se prescinde del hecho fundamental de que «Comercial Arija» fue inicialmente una sociedad civil constituida antes de matrimonio por los futuros cónyuges, por lo que, transformada en 1992 en sociedad de responsabilidad limitada, dado que no se expresa el carácter de las participaciones suscritas, debe entenderse que las mismas conservan su carácter.

Lo cierto es, sin embargo, que en la escritura de constitución de «Comercial Arija, S.L.» no hay dato que permita afirmar el carácter privativo de las participaciones sociales, cuyo carácter

consorcial resulta del artículo 28.2.j) y k) Ley 2/2003.

De la escritura de ampliación otorgada el 22 de marzo de 1993 por «Comercial Arija, S.L.» resulta, sin embargo, que con tal fecha se elevaron a públicos los acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria y Universal de Socios celebrada el 1 de marzo de 1993, de cuyas resultas el capital social quedó ampliado en 2.100.000, representado tal aumento por 420 participaciones sociales de 5.000 cada una. Y del resto del único «Otorga» que la escritura contiene, y de la certificación unida a la misma, que las participaciones representativas de la ampliación fueron suscritas por los dos únicos socios «mediante la aportación del negocio que constituye el objeto de la sociedad "Ángel Arija y Cia S.C."», de cuyo Balance resultaba un capital de 2.100.000, que correspondía a los socios en proporción al capital aportado a la sociedad civil, o sea: a D. Luis Pedro 2.075.000 y a D.ª Inocencia 25.000, adjudicándose en pago de la expresada aportación 415 participaciones al primero y 5 a la segunda.

Por tanto, como quiere el apelante con carácter subsidiario, tienen carácter privativo las participaciones sociales procedentes de la ampliación de capital escriturada el 22 de marzo de 1993, pues la suscripción de la misma la realizó cada uno de acuerdo con lo recibido de la disolución y liquidación de la Sociedad Civil constituida con anterioridad al matrimonio, siendo privativo lo recibido y asimismo lo aportado.

Crédito del consorcio frente al actor por los beneficios obtenidos como administrador de «Comercial Arija, S.L.» desde septiembre de 2006. Si el artículo 28.2 de la Ley 2/2003 dispone que «Durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en los apartados siguientes: f) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes o privativos, así como el beneficio obtenido de las empresas y explotaciones económicas», dicho está que carácter consorcial tendrán los beneficios y rendimientos que a los hijos del Sr. Luis Pedro correspondan por razón de sus participaciones consorciales en «Comercial Arija, S.L.». Por lo demás, como dice la sentencia, será en la siguiente fase donde deberán determinarse los beneficios que el Sr. Luis Pedro obtuvo durante ese tiempo, descontando de los mismos todo lo que sea procedente.

En el estrecho cauce procesal que ofrece el juicio verbal dispuesto para decidir sobre la inclusión en el inventario formado para la liquidación de la sociedad de gananciales no es posible entrar en la valoración de la nulidad de negocios jurídicos celebrados durante la vigencia de aquélla.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo**

En cuanto a la posibilidad de que en este procedimiento se llegue a declarar el carácter simulado de la compraventa de la vivienda que se ubica al núm. NÚM000 de la CALLE001 de Verín, en el segundo piso, establecimos en nuestra sentencia de 20 de julio de 2010 que «el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial está regulado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil contemplando como primera actuación la solicitud de inventario. Así, presentada por la parte actora la solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales, con la correspondiente propuesta de inventario, procede, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 809 de la Ley de enjuiciamiento civil, la citación de los cónyuges a diligencia a practicar ante el Secretario Judicial. El objeto primordial de esta comparecencia no es otro que proceder a la formación de inventario por las partes, con la asistencia del Secretario, intentando primeramente llegar a un acuerdo, en cuyo caso, se da por concluido el acto. Será cuando se suscite controversia sobre la exclusión o inclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, cuando proceda citar a los interesados a una vista; resolviéndose las diferencias sobre las materias señaladas, en sentencia y por

los trámites del juicio verbal. En el supuesto que se contempla se plantea como discordancia entre las partes la inclusión o no en el inventario de la sociedad de gananciales de un inmueble que se dice por la recurrente formaba parte de aquélla mientras que por la recurrida se sostiene la enajenación del mismo a D. Eutimio y a su esposa. Frente a esa alegación y sin desconocer la realidad de la enajenación, al menos formalmente, la parte ahora recurrente lo que viene a oponer es la existencia de una simulación contractual. Surge pues, la cuestión de determinar si éste es el procedimiento adecuado para acordar si el contrato fechado en 1996 tiene o no la condición de contrato simulado. La respuesta ha de ser negativa. La admisión de la realidad del documento por el que la recurrente y su esposo vendieron el piso NÚM001 a D. Eutimio crea una apariencia que debe ser, en su caso, enervada. El contrato de compraventa, al margen de cualquier otra consideración, existe y el bien vendido fue entregado al comprador. Sobre este extremo no hay duda alguna, es un hecho no controvertido. Esta realidad lleva a afirmar que el bien salió del ámbito patrimonial de la sociedad de gananciales y sostenida la validez del mismo por el comprador, sólo cabe desvirtuarla a través del ejercicio de las correspondientes acciones de nulidad, en su caso. Pero el ejercicio de esas acciones, bien directamente o bien articulando la excepción a la pretensión de exclusión del bien, es objeto litigioso que excede del ámbito de este procedimiento. El procedimiento al que se refiere el artículo 809 de la Ley de enjuiciamiento civil exclusivamente atiende a la declaración de ganancialidad de determinado bien al tiempo de producirse la disolución de la sociedad conyugal. No puede integrar su ámbito objetivo el contenido de determinados negocios jurídicos celebrados con terceras personas más allá de un mero análisis formal de los mismos. En este caso, la intervención de D. Eutimio en el contrato de compraventa no le legitima para soportar, en cuanto adquirente, la acción de nulidad por simulación contractual en este procedimiento. Como adquirente del bien ostenta la condición de tercero en este procedimiento y no puede ser obviado el derecho que ostenta a que se decida la cuestión debatida a través del proceso legalmente establecido para ello, so pena de admitir que la condición de heredero de su padre, integrante de la sociedad conyugal a liquidar, le cause un evidente quebranto de sus derechos procesales por ver decidida una cuestión en procedimiento distinto del que habría de corresponder de no ostentar tal condición sucesoria. Esta solución garantiza el derecho de la recurrente a ventilar, con todas las garantías, la simulación contractual denunciada. Asimismo garantiza el derecho de los compradores a defenderse del ejercicio de una acción de nulidad por simulación contractual en el seno de un juicio ordinario, con todas las garantías y considerando la cuantía y relevancia del asunto discutido».

La tesis que se mantiene es que en el estrecho cauce procesal que ofrece el juicio verbal dispuesto para decidir sobre la inclusión en el inventario formado para la liquidación de la sociedad de gananciales no es posible entrar en la valoración de la nulidad de negocios jurídicos celebrados durante la vigencia de aquélla fundamentalmente porque la condición de compradora del bien, en este caso, no es la que legitima a D.ª María del Pilar para intervenir en el presente procedimiento. La consecuencia es la desestimación del recurso planteado en ese concreto aspecto.

El cónyuge que pagó con dinero propio parte de un bien ganancial será reintegrado de su desembolso con el valor actualizado, aplicando a la suma el incremento experimentado por el IPC en el periodo correspondiente con el fin de no sufrir merma alguna en su patrimonio, pero ello no le confiere de forma indirecta un derecho a obtener un beneficio adicional por la plusvalía real generada por la vivienda ganancial.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eugenio Francisco Míguez Tabarés**

En el recurso interpuesto por la parte demandante se solicita que, respecto al crédito que Doña Clemencia ostenta frente a la sociedad de gananciales constituida por ella misma y Don Ismael por las cantidades pagadas por la esposa para amortización del préstamo hipotecario suscrito por el matrimonio para la adquisición de la vivienda familiar, se le aplique un criterio de actualización similar a la revalorización experimentada por el propio valor del piso.

Debemos entonces limitar el análisis a dicha cuestión, al ser la única sobre la que existe discrepancia respecto a lo resuelto en la sentencia de instancia, manifestando nuestra conformidad con la fundamentación jurídica contenida en la misma.

En la sentencia recurrida se sigue el criterio establecido por la contador-partidor designada en el proceso, la cual fijó en la suma de 19.810,78 euros el importe actualizado de las cantidades abonadas por Doña Clemencia para la amortización del préstamo con garantía hipotecaria que gravaba la vivienda ganancial sita en la entreplanta o piso NÚM000 de la CALLE000 núm. NÚM001 de Vigo. A la vista del extracto remitido por la entidad Caixanova se constata que la cantidad pagada por la recurrente asciende a 14.609,42 euros, pero para actualizar dicho valor se aplicó el IPC desde la fecha de separación matrimonial (30 de junio de 1995, tomando entonces como referencia el IPC de julio de 1995) hasta el último publicado antes de la fecha de emisión del dictamen por la perito judicial (junio de 2008).

Para dilucidar la cuestión debatida resulta preciso recordar que el artículo 1398 CC (encuadrado en la Sección Quinta del Capítulo IV del Título III del Libro IV del Código Civil relativo a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales) dispone que el pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: 3.ª) El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad. Éste constituye entonces el criterio general de actualización del valor monetario de las cantidades abonadas por uno de los cónyuges respecto a deudas cuyo pago correspondía a la sociedad de gananciales, y con base en el mismo se garantiza que el cónyuge que ha aplicado fondos propios a tales fines consiga que se actualice el valor de los mismos a la fecha de la liquidación de la sociedad.

La parte recurrente considera de aplicación analógica al caso lo establecido en el artículo 1354 CC, conforme al cual los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Sin embargo, este precepto (que se encuentra ubicado en la Sección Segunda del Capítulo IV del Título III del Libro IV del Código Civil correspondiente a los bienes privativos y comunes de la sociedad de gananciales) hace referencia al porcentaje de titularidad pro indiviso que tendrán sobre un bien tanto la sociedad de gananciales como un cónyuge cuando ambos hubiesen aportado caudales propios para la adquisición del mismo, y la proporción correspondiente se obtiene en función del valor de las aportaciones que cada uno (sociedad de gananciales y cónyuge) hubiese efectuado.

En relación con la cuestión debatida la STS Sala 1.ª, de 19 de junio de 2006 analiza un supuesto similar al planteado por la parte recurrente, en el que se reseña que «el actor invirtió la cantidad propia de 623.816 pesetas en la amortización de préstamos por importe total de dos millones de pesetas solicitados para la adquisición de bienes inmuebles de carácter ganancial, siendo así que la actualización de dicha cantidad se ha efectuado por la sentencia impugnada determinando el porcentaje de dicha cantidad sobre el valor total de adquisición (31,19%) y aplicando el mismo porcentaje al valor actual de los bienes, por lo que aquella cantidad de 623.816 pesetas quedaría ahora actualizada en 10.511.030 pesetas. Se viene a operar así de modo similar al supuesto de bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo, contemplado en el artículo 1354 del Código Civil (desde la reforma que significó la Ley 11/1981, de 13 de mayo) en el que la propiedad corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, pues en tal caso, la participación del cónyuge que invirtió dinero privativo en

la adquisición se refleja en un porcentaje de la propiedad del bien. Pero se trata de algo distinto cuando, como aquí sucede, lo ocurrido es que uno de los cónyuges ha aplicado caudal propio para la amortización de los préstamos obtenidos y que son de cargo de la sociedad, supuesto en que lo que ostentará será un crédito contra la misma actualizable con arreglo a los índices de depreciación de la moneda que es a lo que se refiere el artículo 1398.3.º del Código Civil en relación con el artículo 1364 del mismo Código, según el cual "el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común", como recoge la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996».

Los artículos 1398.3 y 1354 CC contemplan, como ya hemos indicado, supuestos distintos, pues en el primer caso se hace referencia al derecho del cónyuge, que aplicó fondos propios a pagos que correspondía realizar a la sociedad de gananciales, a ser reconocido dicho crédito frente a ésta, con el importe actualizado de las cantidades por él o ella abonadas. Sin embargo, en el segundo supuesto únicamente se hace referencia al porcentaje de titularidad de un bien adquirido mediante precio pagado en parte por un cónyuge y en parte por la sociedad de gananciales.

Es irrelevante que la vivienda propiedad de ambos cónyuges haya experimentado una revaloración superior a la actualización del importe económico invertido en la misma, pues aquel dato beneficia a ambos cónyuges por igual al valorarse el activo de la sociedad de gananciales, mientras que lo que se pretende en el segundo caso —que se corresponde con el supuesto contemplado en el artículo 1398.3 CC— es que el cónyuge que pagó con dinero propio sea reintegrado de su desembolso con el valor actualizado de dicho dinero, aplicando a la suma el incremento experimentado por el IPC en el período correspondiente con el fin de no sufrir merma alguna en su patrimonio, pero ello no le confiere de forma indirecta un derecho a obtener un beneficio adicional por la plusvalía real generada por la vivienda ganancial.

Debemos por lo tanto confirmar íntegramente la sentencia dictada en la instancia.

La parte recurrida introduce en su escrito de oposición al recurso, con carácter subsidiario, la petición de reembolso del precio de la compraventa a su favor. Se trata de una pretensión *ex novo* introducida por vez primera en el escrito de oposición al recurso. Ni en el escrito inicial del procedimiento, ni en el acto de la formación de inventario al manifestar su disconformidad con la inclusión del bien de que se trata, ni finalmente en la vista del juicio se incluyó la menor referencia a esa pretensión de reembolso que, en consecuencia, debe ser tachada de intempestiva.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzabal**

La parte recurrida introduce en su escrito de oposición al recurso, con carácter subsidiario, la petición de reembolso del precio de la compraventa a su favor.

Como se ha expuesto en ocasiones anteriores, la polémica doctrinal relativa a si el recurso de apelación se ha de contemplar como comprendido dentro del modelo de la apelación plena o el de la apelación limitada, o sea el que contempla la apelación como un nuevo proceso —*novum iudicio*— o como un sistema de revisión del primer proceso —*revisio prioris instantiae*— estaba ya perfectamente resuelta en nuestra doctrina jurisprudencial y así la sentencia de 9 de junio de 1997, recordaba la jurisprudencia reiterada de la Sala, de la que es buena muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1992, en relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina

reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras las sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho *pendente apellatione, nihil innovetur*. Y también la sentencia de 25 de septiembre de 1999, expresiva de que no cabe la menor duda que la preclusión de las alegaciones de las partes, es el sistema establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que significa que las alegaciones de las partes en primera instancia que conforman el objeto procesal, impide que se puedan ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al mismo, impedimento que debe regir durante todo el proceso, tanto en primera instancia como en apelación. De todo ello es claro ejemplo la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1984, cuando en ella se dice que el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho —*pendente apellatione, nihil innovetur*—. No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende tanto a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal *a quo*, como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen que en todo caso, una posición contraria atacaría el principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*.

Todavía matiza más la doctrina jurisprudencial, al negar la admisibilidad de que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de aquellas de las que se parte en los escritos rectores de la litis, pues ello causaría indefensión a la adversa, en cuanto no pudieron ser redargüidas por ésta (sentencias de 15 de abril de 1991, 14 de octubre de 1991, 28 de enero de 1995 o 28 de noviembre de 1995), implicando lo contrario infracción del artículo 24 de la Constitución Española al no darse a la contraparte posibilidad de alegar y probar lo que estime conveniente a su derecho (sentencias de 3 de abril de 1993, que cita las de 5 de diciembre de 1991, 20 de diciembre de 1990, 18 de junio de 1990, 20 de noviembre de 1990 e igualmente sentencia de 25 de febrero de 1995), tal y como apuntó igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992, que razonó que la introducción de hechos posterior a la fase expositiva del proceso supone una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y por ende al fundamental derecho de defensa y, en análogo sentido, las sentencias de 7 de mayo de 1993, 2 de julio de 1993, 29 de noviembre de 1993, 11 de abril de 1994, 19 de abril de 1994, 22 de mayo de 1994, 4 de junio de 1994, 20 de septiembre de 1994, 6 de octubre de 1994, 15 de marzo de 1997, 22 de marzo de 1997 y 15 de febrero de 1999, que glosa las de 30 de noviembre de 1998, 15 de junio de 1998, 8 de junio de 1998, 12 de mayo de 1998 y 11 de noviembre de 1997, igualmente sentencias de 12 de marzo de 2001, 15 de marzo de 2001, 17 de mayo de 2001, que cita, entre otras, la de 20 de enero de 2001, resoluciones que recogen el principio de preclusión referido al planteamiento de cuestiones nuevas en casación, pero igualmente aplicables a la apelación.

Finalmente la afirmación de que las cuestiones nuevas chocan además contra los principios de audiencia bilateral y congruencia, se recoge, entre otras muchas, en las sentencias de 19 de diciembre de 1997, 19 de junio y 31 de octubre de 1998, 1 y 31 de diciembre de 1999, 2 y 9 de febrero, 23 de mayo y 31 de julio de 2000.

Y tal doctrina ha tenido reflejo normativo en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: («en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia...»), que se relaciona con el artículo 412.1 de la misma norma:

«establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente», y el artículo 218.1 también de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Es decir, el ámbito del recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de suerte que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

Tal doctrina se trae a colación en la medida en que se trata de una pretensión *ex novo* introducida por vez primera en el escrito de oposición al recurso. Ni en el escrito inicial del procedimiento, ni en el acto de la formación de inventario al manifestar su disconformidad con la inclusión del bien de que se trata, ni finalmente en la vista del juicio se incluyó la menor referencia a esa pretensión de reembolso que, en consecuencia debe ser tachada de intempestiva y desechada en observancia de la doctrina normativa y jurisprudencial reseñada. Aunque, en cualquier caso, la pretensión igualmente devendría improsperable, en la medida en que, como se ha dejado expuesto, no se ha acreditado que el precio de adquisición hubiera sido abonado con dinero privativo.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El menor padece importantes limitaciones y deficiencias en el ámbito cardio-pulmonar, con padecimiento de cardiopatía congénita, con limitaciones pediátricas en el ámbito de motricidad con limitación de la movilidad en extensión, abducción y rotación interna y con claudicación, constatando que los padres no asumían las adecuadas pautas de crianza del menor y el necesario control asistencial con pautas de defensividad y limitaciones cognitivas. Por ello procede mantener la declaración de «desamparo», pero bien entendido que se trata de una medida transitoria y temporal, de contenido simple que debe garantizarse por la Administración tutelante una adecuada compatibilidad de la guarda material con sus tíos y las visitas ordenadas, regulares, constantes y periódicas con sus padres tendentes a una posible reintegración a su domicilio familiar.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

Dicho lo que antecede, y con amparo en el referido artículo 465.3 LEC y artículo 227 LEC, procede entrar en el fondo del asunto y analizar si concurren los presupuestos que justificaron la declaración de «desamparo» del menor José Ángel en virtud de Resolución de la Gerencia Territorial de los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León de fecha 21 de octubre de 2008 (f. 5).

Dadas las específicas peculiaridades del hijo menor objeto de la resolución, como de los padres impugnantes de la resolución y, en definitiva, atendiendo a la complejidad y especificidad del presente supuesto, debe recordarse la doctrina aplicable sobre la interpretación del artículo 172 CC. El precepto referido y afectado por las reformas operadas por las Leyes 21/1987, de 11 de noviembre y 1/1996, de 15 de enero, y en especial de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, supone la consagración de un sistema de tutela legal y de guarda legal para menores en situación de desamparo, que debe de completarse con el procedimiento establecido en los artículos 779 y 780 LEC para la articulación procesal de la oposición a las resoluciones administrativas de protección de los menores.

La administración pública adquiere la condición de última garante de los derechos de los

menores cuando la patria potestad o la tutela no se ejercitan en forma adecuada; y ello al margen de posibles procedimientos de privación de la patria potestad del artículo 170 CC o de remoción de la tutela y al margen incluso de lo dispuesto en el artículo 239 CC. Conforme al precepto analizado la administración de forma urgente, drástica e inmediata asume las funciones de protección del menor por medio de una tutela legal atribuida *ex lege*. El objeto de esta tutela legal y de su asunción por las entidades públicas tiene como única finalidad y fundamento la inmediata adopción de medidas de protección del menor. La asunción de la tutela por la administración, tiene un presupuesto objetivo y se determinan varias consecuencias para el menor y para sus padres o tutores.

En principio, pocas consideraciones procede hacer sobre el concepto de «desamparo», pues es el propio legislador el que lo establece y lo concreta, por un lado, en el incumplimiento, sea voluntario o involuntario, por imposibilidad, sea absoluta o parcial e inadecuado de los deberes legarles de guarda (artículos 154 y 269 CC) y, por otro, en que esos incumplimientos generen la consecuencia de la privación del menor de la asistencia, tanto de bienes materiales: educación, alimentación, vestido, formación como morales; sobre todo, cuando el menor pueda estar utilizando incurso en actividades delictivas o cuando no acude a la escuela o realiza actividades impropias de su edad. Es preciso que concurra tanto la infracción de los deberes de la guarda, como la consecuencia del abandono o privación de la asistencia moral y material.

La SAP núm. 52/2003 Cantabria (Sección 1.ª) de 4 de febrero de 2003, al definir el desamparo dice: «aquella situación de hecho caracterizada por dos notas esenciales: una, por un resultado, la falta de asistencia moral o material del menor, de suerte que pueda afirmarse que no está siendo debidamente atendido en sus necesidades mínimas en esos órdenes conforme a niveles común y socialmente exigibles; otra, causal, que consiste en que esa situación sea consecuencia del incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección, regulados en los artículos 154 y 269 del CC y que comprenden esencialmente los deberes de alimentar al menor, velar por él, tenerlo en su compañía, educarle y procurarle una formación integral. Cuando se da un incumplimiento o un inadecuado cumplimiento de estos deberes, voluntario o no o incluso meramente negligente, provocando aquel resultado, esto es, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, puede afirmarse que se da la situación de desamparo, estando entonces la entidad pública encargada de la protección de los menores no sólo autorizada sino legalmente obligada a declararlo así asumiendo la tutela automática del menor en aras a su debida protección».

Por tanto, la situación legal de desamparo de un menor determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática por parte de la entidad pública correspondiente y lleva, como remedio mediato, a la búsqueda de la reinserción social del menor en su propia familia, siempre que no sea contrario al interés del menor (artículo 172.4 Código Civil), o a su inserción en otro ámbito familiar mediante la figura jurídica del acogimiento (artículo 173.1 y artículo 173 bis Código Civil). Específicamente en cuanto a la determinación de la situación de desamparo ha concluido el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 2001, que «para que entre en funcionamiento la institución de acogimiento se precisa la demostración de la existencia de un menor en situación de desamparo, tal como ésta es definida en el artículo 172.1, párrafo segundo, del Código Civil, que se determina por la falta de atenciones a aquél a consecuencia del incumplimiento de los deberes de asistencia y protección», entendiéndose por éstos los que incumben a los padres y que constituyen el contenido de la patria potestad respecto a los hijos. De tal declaración jurisprudencial, similar a la contenida en la Sentencia de 1 de septiembre de 2002, se infiere que la situación de desamparo, como de hecho que es, debe de ser examinada caso a caso a fin de establecer si se ha producido el incumplimiento de los deberes impuestos a los padres.

Por su parte, la SAP de Guipúzcoa, sec. 2.ª de 5 de febrero de 2007 establece un concepto de desamparo en los términos indicados y con más detalle la SAP de Cádiz sec. 2.ª de 20 de enero de 2006, dice «El reconocimiento del derecho de los menores a crecer y ser educados

en el seno de la familia natural, se recoge en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, disponiéndose expresamente en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de Naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, que «Los Estados partes velarán por que el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño». También el artículo 19 de Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, o mental, descuido, o trato negligente, señalando en el artículo 3 que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Conforme a tales preceptos, salvo que se aprecien circunstancias especiales, corresponderá a los padres la guarda y custodia de sus hijos menores de edad, como consecuencia de la patria potestad de los padres que en el ordenamiento español se prevé en el artículo 154 del Código Civil, cuyo ejercicio ha de ser en interés o beneficio de los hijos (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935, 9 de marzo de 1989 o 23 de julio de 1987, entre muchas otras), de acuerdo con su personalidad, y comprendiendo, entre otros, los siguientes deberes: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

En todo caso, por tratarse de una situación que debe declararse en relación con cada caso concreto, es importante proceder al examen escrupuloso de las circunstancias concurrentes en cada caso específico, atendiendo fundamentalmente al interés del menor de acuerdo con el artículo 39 CE, pero sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece el menor (Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 y 298/1993). Por tal razón, la acreditación de la falta de asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales. Sólo procederá así la declaración de la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación. Así lo manifiesta el Tribunal Constitucional, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria (TC Auto 28/2001, de 1 de febrero), así como que, a los efectos de ponderar el riesgo para la integridad moral de la menor sometida a desarraigo del núcleo en el que actualmente se halla «no es preciso que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse», según manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 2002, que cita además las Sentencias 35/1996, de 11 de marzo, FJ 1; 207/1996, de 16 de diciembre; y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4.

Por último, la SAP de Baleares, sec. 3.ª de 11 de marzo de 2005 analiza con detalle los requisitos del desamparo y dice: «En contraste con la situación anterior, el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección, sin el límite de los catorce años, que no ha de desembocar necesariamente en adopción; además, el desamparo abarca supuestos, no sólo de carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que, existiendo tales personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el mismo como inadecuado. Se sustrae, en fin, de la intervención judicial, la apreciación y declaración del desamparo. Por consiguiente, el antiguo abandono tenía la tacha de culpabilidad de quien abandonaba, requería resolución judicial y el transcurso de cierto lapso de tiempo, pretendiendo la reforma de 1987 (y lográndolo, al decir de la Exposición de Motivos de la LO 1/1996) una

agilización considerable de los procedimientos de protección del menor, al permitir la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente, en los casos de grave desprotección del menor. Esta ampliación del concepto de desamparo, cuyo referente jurídico no es otro que el interés del menor, ha sido fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento de los principios que inspiran el sistema de protección de menores diseñado por un conjunto de textos internacionales como son el Convenio de La Haya sobre competencia y legislación aplicable de 5 de octubre de 1961 (BOE de 20 de agosto de 1987), sobre alimentos, de 2 de octubre de 1973 (BOE de 16 de septiembre de 1986), sobre sustracción de menores de 25 de octubre de 1980 (BOE de 24 de agosto de 1987) y sobre adopción internacional de 29 de mayo de 1993 (BOE de 1 de agosto de 1995), o la Convención Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El desamparo se define sustancialmente por tres notas: a) el incumplimiento de los deberes de protección, b) la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia:

a) Incumplimiento de los deberes.

Este requisito se produce, no sólo en los casos de un abandono absoluto del menor, carente de personas que se hagan cargo de los deberes de guarda, sino que comprende también aquellos supuestos en que los guardadores incumplen de hecho, ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevar a cabo aquellos deberes que es precisamente, en el caso enjuiciado en que quizás por razones ajenas a la voluntad de la madre (el dato de la voluntariedad es ajeno a la declaración de desamparo) las niñas no estaban debidamente cuidadas, con independencia de episodios concretos a los que se alude en el expediente administrativo y que no tienen otro valor que el de síntomas de una determinada situación inadecuada para que en ella puedan crecer y educarse correctamente las niñas. No puede olvidarse que los deberes incumplidos a los que venimos haciendo constante referencia son «los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores», es decir, los relativos a la esfera personal del menor, que integran el contenido moral de la patria potestad (artículo 154 del Código Civil).

b) Privación de asistencia material o moral.

El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor. Éste es el elemento determinante, puesto que el desamparo se concreta en un resultado determinado, cual es la desprotección del menor de edad, prescindiendo de las causas que hayan producido aquel resultado de privación de la necesaria asistencia material o moral. Por tanto, el desamparo se produce tanto si incide en la esfera material (alimentos) como en la esfera moral (afectividad; relaciones personales). No pueden olvidarse datos que aparecen en el expediente relativos al mal estado de higiene de las menores, a la situación de insalubridad de la casa en que habitan, a las peleas de las madres con sus parejas, a la inasistencia injustificada a la escuela, o al estado de ansiedad de las menores.

c) Nexo casual.

Por último, debe mediar un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia al menor. La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento (voluntario o forzoso) de los deberes tuitivos, sin que en el supuesto enjuiciado se haya puesto en duda la relación de causalidad entre los deberes propios de la guarda y la situación de las menores».

Con estas premisas, y considerando las peculiares circunstancias del menor objeto de esta causa y de los padres, procede analizar si concurrió en este caso concreto una situación prevista en el artículo 172.1.2 CC.

Como primera consideración procede significar que en este caso no concurre un radical incumplimiento de los deberes paterno-filiales, ni falta absoluta de asistencia moral del menor por parte de sus padres, sino que la aplicabilidad del artículo 172.1.2 CC estaría fundada más bien en un inadecuado ejercicio de los deberes de protección y en la falta de la adecuada asistencia material en interés y beneficio del menor en atención a una muy específica situación de salud y a los muy específicos cuidados y atenciones que precisa el menor.

Comenzando por la situación y el interés del menor, procede significar, como se deriva de la prueba pericial y documental practicada y sometida a muy amplia contradicción en esta Alzada, que el menor José Ángel nace con una muy grave cardiopatía congénita, por lo que con tres días de edad ingresa en la UCI neonatal del Hospital Gregorio Marañón de Madrid. Escasamente después de pocas semanas el día 2 de marzo de 2006 es operado durante cuatro horas con cirugía extracorpórea correctora de Troncus tipo I. Superada esta crítica fase de cirugía se inició una fase hospitalaria y una posterior fase de reingresos y periódicos controles del menor que incluyeron no sólo revisiones periódicas, sino que incluyeron entre otras actuaciones médicas: cateterismo cardiaco, ecocardiografía y estenosis. Esta situación se prolonga durante el año 2007 y 2008 y se detecta también una torpeza motora y cojera; lo que viene a poner de manifiesto que el menor con sólo dos años de edad ya precisaba de muy especiales y específicos cuidados y atenciones y se empiezan a constatar las dificultades y limitaciones por parte de sus padres para atender las necesidades materiales del menor, tanto en lo referente a su muy rigurosa medicación, como en lo referente a la necesaria estimulación sensorial y motriz.

Estas circunstancias determinan que desde el 6 de abril de 2009 el menor resida en Barcelona con unos tíos carnales y que haya iniciado un tratamiento especializado en el Hospital «San Juan de Dios» de Esplugas de Llobregat, así como específicos controles de pediatría en el Hospital de San Boi de Llobregat, bajo el control y seguimiento de sus tíos, acudiendo también al colegio privado concertado «Juan Bardina», en San Boi (Barcelona).

De todas estas actuaciones posteriores al 6 de abril de 2009, y de las que se han tenido noticias con la prueba practicada en esta Alzada, ante la denegación probatoria de la prueba en primera instancia, se ha constatado lo que ya se venía apuntando en el seguimiento del menor a lo largo del año 2007 y sobre todo a lo largo del año 2008 y que lleva a la conclusión de que nos encontramos con un menor cuyo interés y beneficio material exigen unas especificidades muy concretas y un seguimiento muy constante. Así, conforme se acredita con el informe médico-forense obrante en la causa y con la prueba documental, el menor padece importantes limitaciones y deficiencias en el ámbito cardio-pulmonar, con padecimiento de cardiopatía congénita, con limitaciones pediátricas en el ámbito de motricidad con limitación de la movilidad en extensión, abducción y rotación interna y con claudicación en extremidad derecha y acortamiento en muslo con atrofia muscular global, y con limitaciones en el ámbito educativo, en el que, aun cuando ha evolucionado favorablemente en el colegio de San Boi, precisa de medidas de acompañamiento escolar específicas para seguir avanzando en su proceso de adaptación.

En definitiva, poniendo en conexión estas circunstancias y teniendo en cuenta la doctrina interpretativa del artículo 172 CC, procede considerar que desde el punto de vista del «directo interés del menor» y de su adecuada asistencia material, procede considerar ajustada a derecho la declaración de desamparo administrativo.

Analizadas las circunstancias del menor, procede analizar las circunstancias de los padres y su capacidad para prestar la atención especial que requiere el menor y determinar si están en condiciones efectivas de prestar la adecuada atención a menor.

Partiendo del hecho de que los padres demandantes se han preocupado por su hijo y que quieren tenerlo en su compañía, como ellos han manifestado y acredita la prueba testifical, la cuestión relevante se centra en su capacidad para cumplir sus obligaciones paterno-filiales. Sobre esta esencial cuestión la prueba practicada en el proceso acredita que los padres en este momento y en relación con las tantas veces referidas especiales circunstancias de su hijo, tienen dificultades para prestar la atención debida y es más adecuado que se mantenga de forma temporal y transitoria la acogida con los tíos paternos para verificar la evolución del menor en Barcelona y para constatar la progresión en su evolución médica (cardiología), pediátrica y escolar. Asimismo, se constata que la asunción de la tutela legal temporal y la configuración de un acogimiento temporal con visitas periódicas de los padres-biológicos son adecuadas por las siguientes razones:

1.ª Aun cuando es cierto que los expedientes administrativos de desamparo y los informes precisos son realizados de manera unilateral por la propia Administración que resuelve y aun siendo cierto que en muchas ocasiones, y muy en particular, en el caso que nos ocupa, debían agotarse hasta el extremo la probabilidad de asistencia familiar y los planes de integración familiar, es también cierto que en el concreto caso enjuiciado la situación de los padres impedía fundadamente atender a la muy especial situación de control médico, de estimulación motriz y de estimulación educativa que precisa José Ángel y ello en atención a las siguientes razones:

— El menor y su familia biológica contaron en su lugar de residencia, que es un pueblo pequeño de economía agraria y ganadera, con «plan de integración familiar» y con planes de apoyo y ya en el expediente administrativo estos planes se manifestaron como insuficientes y se pone de manifiesto que no se cumplían los objetivos previstos de estimulación del menor, de integración, de asistencia constante y ordenada a la guardería y sobre todo de insuficiencia en la necesidad de superación continuada del menor, lo que generaba un retraso madurativo. Es decir, en el año 2008 se va constatando, aun cuando las necesidades básicas del menor son atendidas, que la evolución es muy lenta, que la estimulación es insuficiente y que la capacidad de los padres por sus propias limitaciones y por la actividad del padre (pastor que está mucho tiempo fuera de casa), impide el adecuado desarrollo del menor.

— Se podía haber seguido trabajando aún más en el ámbito social y de integración de la familia y podían haberse desplegado más medios de atención familiar y social, pero lo cierto es que la evolución era muy lenta; que la guardería y los medios estaban en Belorado; que el menor exigía unas atenciones muy específicas y que los padres no tenían capacidad, ni posibilidades de asumir sus obligaciones parentales, más allá de un mínimo nivel básico, cuando su hijo requería un nivel de atención y estimulación muy superior a un nivel básico y elemental.

2.ª El informe pericial psicológico emitido por el equipo especializado de los Tribunales de Burgos recoge con detalle cuáles son las limitaciones de los padres y así indica que la madre padece una minusvalía del 73% y en cuanto a sus habilidades y pautas educativas se observa: «dificultades para el aprendizaje y retención de pautas educativas; incapacidad para la resolución de problemas de manera efectiva y autónoma, proponiendo consultas a profesionales ante futuras dificultades; no refiere medidas educativas ante posibles conductas disruptivas del menor; incapacidad general para prever posibles problemas y desarrollar estrategias efectivas de resolución».

Por su parte, el padre tiene una valoración de incapacidad del 44% y con actividad laboral que ocupa casi todo su tiempo entre las 7 y 21 en invierno y las 6.30 y 23 horas en verano.

Con este contexto los peritos judiciales constatan: «limitaciones relevantes en la debida atención al menor y en el aspecto más importante en esta causa, referente a la capacidad efectiva de los padres para el adecuado ejercicio de sus deberes que justificaría el desamparo objeto de recurso, concluyen: limitadas capacidades cognitivas de D.ª Elena; carencia de habilidades socio-parentales para el cuidado del niño de ambos progenitores; escasa implicación paterna en el cuidado, atención y educación del menor; carecen de redes sociales tanto de apoyo como de integración por parte de los progenitores; actitud de rechazo pasivo por parte de los progenitores hacia las indicaciones y pautas marcadas por los profesionales.

En este sentido, en la prueba de contradicción del informe pericial-psicológico se indicó por los peritos que la ayuda familiar previa a la medida impugnada no fue efectiva; y que la ayuda familiar (especialmente en un contexto rural) no era suficiente, ni adecuada a la especificidad del menor, que el padre estaba ausente mucho tiempo y que la madre tiene limitaciones cognitivas con marcada defensividad; con resistencia a pautas; siendo muy influenciable y con falta de actitud y aptitud para prestar la asistencia y estimulación específicas que precisaba el menor.

Esta prueba pericial técnica y la prueba testifical (Sr. Darío) ponen de manifiesto que los padres, aun cuando quieren a su hijo y se ocupan de sus necesidades básicas, carecen de adecuadas pautas de crianza; no aportan un adecuado entorno para un menor con unas circunstancias médicas y educativas como José Ángel; no tienen adecuados hábitos de crianza y no pueden prestar el control situacional, ni los criterios de estimulación y los controles que precisa el menor; por lo que agotados los mecanismos asistenciales estaba justificada la declaración de desamparo, siempre que el alcance sea el de «simple» y «transitorio» para verificar si la evolución con adecuadas pautas pudiera determinar la reintegración del menor en su familia de origen y siempre que la actuación y guarda por parte de sus tíos se siga manifestando como correcta y adecuada.

En definitiva, constatadas las especiales necesidades del menor; constatado que su beneficio requería unas medidas que favorecieran de manera real su progresión educativa, médica y pediátrica; constatando que los programas de integración familiar en su domicilio y con sus padres no eran eficaces y suficientes; constatando que los padres no asumían las adecuadas pautas de crianza del menor y el necesario control asistencial con pautas de defensividad y limitaciones cognitivas, procede mantener la declaración de «desamparo», pero bien entendido que se trata de una medida transitoria y temporal, de contenido simple (acogimiento simple del artículo 173 bis CC), que se adopta en beneficios del menor y para garantizar su adecuada evolución en el ámbito familiar, pediátrica y educativa y que debe garantizarse por la Administración tutelante una adecuada compatibilidad de la guarda material con sus tíos y las visitas ordenadas, regulares, constantes y periódicas con sus padres tendentes a una posible reintegración a su domicilio familiar.

De la relevante documental incorporada se desprenden incumplimientos en visitas concedidas e incomparecencia a citaciones que denotan el claro desentendimiento de la demandada respecto a los niños y, por tanto, procede confirmar el acogimiento preadoptivo.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Esain Manresa**

La sentencia apelada desestima oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores —dictada en expedientes 350/2006, 35/2007 y 36/2007—, formulada por la progenitora Gabriela respecto a sus hijos RUTE ANDREIA, CÁNDIDO Y MARTA SARA, en el marco dispositivo de los artículos 780 y ss. LEC y 172 y concordantes CC.

Debe partirse del dictado de las siguientes resoluciones por la Administración al respecto:

a) En fecha 5 de febrero de 2007, declaración de desamparo.

b) En fecha 10 de diciembre de 2008, mantenimiento de tutela pública y acuerdo de traslado de guarda desde centro de A Estrada a Casa de Familia de Caldas. Y,

c) En fecha 3 de noviembre de 2009, otorgamiento de guarda a matrimonio apto para adoptar y suscripción con el mismo contrato de acogimiento familiar preadoptivo, persistiendo suspensión de visitas con familia biológica.

Visto el contenido de cualificado y objetivo contenido de expedientes aportados a autos, no desvirtuados por la recurrente, procederá reafirmar las sucesivas resoluciones adoptadas por la Administración, y, en concreto, lo resuelto el 10 de diciembre de 2008 y 3 de noviembre de 2009, en la sustancial consideración de que defienden el interés prevalente y superior de los menores afectados, a los efectos dispuestos en artículos 172 CC y concordantes de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

De la relevante documental incorporada se desprenden incumplimientos en visitas concedidas e incomparecencia a citaciones que denotan el claro desentendimiento de la demandada respecto a los niños, de 4, 8 y 10 años en la actualidad. No se vislumbra «cambio de vida» relevante

en la recurrente que permita colegir en contrario. No se acredita que la alegada convivencia con nueva pareja reporte mejora al respecto, máxime cuando no se produce tan siquiera testifical que verifique la realidad de la simple relación, de acuerdo al artículo 217 LEC, resultando desconocida la persona señalada como testigo en el domicilio facilitado por la actora (f. 76).

Se refrendará la valoración judicial de la prueba practicada, descartándose la interpretación parcial e interesada contenida en el recurso.

FILIACIÓN

No ha de olvidarse que la demandante permanece desde su nacimiento (año 1950) con su progenitora y a partir de los 14 años con el marido de ésta que la reconoce como tal, una vez fallecido el padre biológico (11 de mayo de 2008) y su madre lleva a cabo la manifestación ante Notario (19 de septiembre de 2008). Las testificales practicadas a instancia de ambas partes litigantes son completamente contradictorias y la negativa a realizar la prueba biológica, cuando de un heredero se trata, no puede ser tomada como una prueba concluyente, si no viene avalada por otras pruebas.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Pena**

Se ejercitan dos acciones conjuntamente en el proceso y como determina el TS en su sentencia de 14 de diciembre de 2005, al referirse a la acción de impugnación de la filiación que se trata en realidad de una acción mixta que debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación, porque la finalidad de esta última es la de determinar la filiación, a la que se opone, de manera formal, la que consta en el Registro Civil, y por ello debe ser impugnada, tal como establece el artículo 113.2 Código Civil; por ello se considera a esta acción como accesoria, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita (SSTS 20 de diciembre de 1991, 17 de marzo de 1995 y 13 de junio y 9 de julio de 2002, entre otras).

La sentencia dictada por la Juez *a quo* para concluir con la estimación de la demanda, toma en consideración básicamente, la negativa a prestarse la demandada a la realización de las oportunas pruebas de paternidad, teniendo en cuenta la declaración de la actora y testificales por ella presentadas.

No podemos, sin embargo, compartir dicha valoración al no considerar como prueba absoluta la oposición de la demandada a someterse a la referida prueba a través del análisis de sangre, ni estimarla como una *ficta confessio*.

En relación a dicha prueba, ha de tenerse en cuenta la clarificadora STC de 14 de febrero de 2005, en la que valorando tal conducta deja sentado la doctrina del TC sentencias 17 de enero de 1994 y 31 de mayo de 1999 y de otro, las sentencias del TS de fechas 22 de mayo de 2000, 22 de noviembre de 2000, 24 de mayo de 2001 y 3 de noviembre y 27 de diciembre de 2001, en las que en todas se plasma la idea de que no avalan la posibilidad de la declaración de paternidad con base exclusivamente en dicha negativa, sino que a la parte demandante se le exigen otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues «al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una postura de indefensión». Sin embargo, no es suficiente para la declaración de paternidad, una negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica acordada, sino que ello ha de ser tenido en cuenta como un indicio que ha de conjugarse con las restantes pruebas aportadas por la demandante (STC, 31 de mayo de 1999 y 7/1994); dicha prueba ha de valorarse por el órgano judicial, tanto si se practica como si no, por el órgano judicial en el contexto del conjunto probatorio existente en el procedimiento, sin

que pueda ser interpretada la negativa como una *ficta confessio*, máxime cuando en este caso se trata de una heredera, no del progenitor, dicha negativa es un indicio que ha de ser valorada en relación con el otro conjunto probatorio (STS, entre otras 24 de mayo de 2001; 17 de julio de 2002, 7 de julio de 2003, y 29 de junio de 2004), de ello ha de desprenderse poniendo en relación dicha negativa con el resto del material probatorio (cumpliendo así la actora la carga probatoria impuesta por el artículo 217 LEC), que ésta es insuficiente para el fin pretendido.

No ha de olvidarse que la demandante permanece desde su nacimiento (año 1950) con su progenitora y a partir de los 14 años con el marido de ésta que la reconoce como tal, cuando en la partida de nacimiento es inscrita como hija de padres desconocidos y con los apellidos de su madre; una vez fallecido el padre biológico (11 de mayo de 2008) que ella sostiene ser, su madre lleva a cabo la manifestación ante Notario (19 de septiembre de 2008) y con posterioridad se ejercitan las acciones que comprende la demanda rectora de los autos, dejando transcurrir un dilatado período de tiempo, durante el cual y siempre conocida como declara la demandante, su filiación biológica, nunca se dirigió el demandado en reclamación de la filiación, ni aun en solicitud de ayuda que, necesitaba por las circunstancias en que se hallaba ella y su madre, no ostentó la posesión de estado a que se refiere el artículo 767 LEC respecto del pretendido padre biológico, con el que nunca tuvo relación alguna.

Las testificales practicadas a instancia de ambas partes litigantes son completamente contradictorias, unas avalan la tesis de la actora y otras las de los demandados.

Ante todo ello, la negativa a realizar la prueba biológica, máxime cuando de un heredero se trata, no de ser pretendido padre, no puede ser tomada como una prueba concluyente, sino viene avalada por otras pruebas que demuestren sin ningún género de dudas el hecho controvertido; que por lo que ha quedado expuesto en este proceso no han tenido lugar, por lo que la demanda no podía prosperar y consecuentemente el recurso ha de ser estimado.

Asimismo ha de destacarse que en este tipo de procesos especiales como es el de filiación, el objeto del proceso, por ser de orden público es indisponible, por lo que el allanamiento violenta lo establecido en los artículos 748.2.ª en relación con el 751, ambos de la LEC, en virtud de los cuales ha de subsanarse tal vulneración, por lo que no surtirá efecto el allanamiento ni la transacción, lo que no se hizo en la instancia debiendo en esta alzada, ser desestimada la demanda interpuesta frente a los allanados indebidamente, al igual que respecto a las demás partes, con las consecuencias correspondientes.

Desestimación que abarca tanto la petición principal cual es la declaración de D. José Miguel como padre biológico de la actora, sino las restantes consideradas como subsidiarias, entre las que se encuentran las rectificaciones en el Registro Civil y demás; consecuencia de ello asimismo es que no puede declararse que D. Santiago no es el padre de la actora, pretensión sin embargo que puede solicitar el mencionado padre ejercitando las acciones correspondientes encaminadas a tal fin, si así lo estimase conveniente.

El recurrente solicitó la práctica de la prueba biológica en segunda instancia con base en el artículo 460.2 LEC, alegando haber tenido conocimiento de la posible existencia de otras relaciones de la demandante con posterioridad al acto de la vista, y ésta ha dado como resultado su exclusión como padre biológico, por lo que procede revocar la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda de reclamación de paternidad.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Carmen González Carrasco**

Por la parte apelante se recurre en esta alzada la sentencia de instancia dictada en juicio verbal de determinación de filiación paterna a instancia de la apelada, por la cual, habiéndose negado el de-

mandado al sometimiento a la pruebas biológicas por entender insuficiente el único indicio de prueba presentado con la demanda (una fotografía en la que los litigantes aparecen sentados juntos) e inveraz la afirmación de la relación sentimental mantenida por ambos en la época de la concepción, se declara la paternidad del demandado recurrente en virtud de lo dispuesto en la reglas sobre la valoración de la prueba en los procesos de filiación contenidas en los apartados 3 y 4 del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Como puso de manifiesto el Juzgador en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia recurrida, es cierto que el demostrado carácter inocuo y mínimamente invasivo de las pruebas biológicas que tanto la Constitución Española (artículo 39), como la LEC (artículo 767) reconocen como base del derecho a la investigación de las relaciones de filiación, justifican que su negativa, acompañada de otros indicios, pueda ser tratada como base de la presunción judicial que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil permite expresamente en el apartado 4 del artículo citado.

Sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a la prueba pericial biológica, bastará con la remisión al resumen de doctrina jurisprudencial, constitucional y ordinaria, que la sentencia y los recursos se encargan de reproducir. Se trata de una doctrina bien conocida, mantenida desde hace décadas por los altos tribunales, en línea con las soluciones ofrecidas en el Derecho comparado. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se encargó de positivizarla, en el texto del vigente artículo 767.4, derogando el anteriormente vigente artículo 127 del Código Civil. No basta, pues, con la negativa a la práctica de la prueba, para que la filiación reclamada sea determinada a modo de *ficta confessio*, pero tal actitud del demandado no constituye un indicio más, sino que constituye un sólido punto de partida que, con el acompañamiento de otros indicios resultantes de otros medios probatorios, permitirán declarar la paternidad reclamada [por todas, STC 29/2005 (*RTC* 2005, 29) y STS 27 de febrero de 2007]. Y saliendo al paso de la primera de las alegaciones del recurrente sobre la debilidad de la prueba aportada, que habría sido reconocida por el propio Juzgador, es evidente que los indicios que han de acompañar a tal negativa no han de ser, por sí mismos, suficientes para llegar al pronunciamiento estimatorio. Si así fuera, se estaría fuera del ámbito de aplicación de la norma que acaba de mencionarse. Por tal razón, la prueba biológica es especialmente necesaria en los supuestos dudosos, donde el resto de pruebas resultan insuficientes, y la sentencia de instancia resolvió de forma intachable cuando, una vez verificada la negativa y ante la imposibilidad de forzar este tipo de prueba, valoró junto con este elemento el resto de los indicios (de por sí, insuficientes, como el propio apartado 4 del artículo 767 LEC ya reconoce), consistentes en testigos de referencia y el carácter secreto de la relación existente entre los litigantes, y determinó la filiación reclamada a pesar de que entre las declaraciones de los testigos existía la afirmación de rumores sobre la posible paternidad de otros hombres. Y ello es correcto, sin perjuicio de lo que después se dirá, ya que el principio de facilidad probatoria recogido de forma general en el artículo 217 LEC y de forma muy especial para el caso en el que nos encontramos en el artículo 767.4 LEC exige que al demandado no pueda bastarle la circunstancia de *plurium concubentium*, tan utilizada en el pasado, para eludir la carga procesal de colaborar en la prueba biológica, que realmente es la única prueba directa de la filiación, sobre todo y precisamente cuando existen indicios de que podrían haber existido relaciones de la progenitora con otros hombres en la época de la concepción de la menor.

Sin embargo de lo anterior, el *iter* procesal del presente caso hace necesaria la estimación del recurso de apelación interpuesto. El recurrente solicitó la práctica de la prueba biológica en segunda instancia con base en el artículo 460.2 LEC, alegando haber tenido conocimiento de la posible existencia de otras relaciones de la demandante con posterioridad al acto de la vista. Solicitud de recibimiento a prueba que le fue admitido por auto de la Sala de 21 de noviembre de 2007, a pesar de la oposición de la apelada y del Ministerio Fiscal. Y el resultado de la prueba practicada en esta alzada ha dado como resultado que los resultados obtenidos en el análisis de polimorfismos de ADN mediante técnicas de amplificación génica permiten excluir al demandado como padre biológico de la menor hija de la demandante.

Esta Sala no es ajena a la contradicción con los actos propios que supone la solicitud de reci-

bimiento a prueba biológica en segunda instancia por parte del demandado, que ya pudo haber puesto fin a la incertidumbre propia de este tipo de procesos con la práctica en primera instancia de una prueba inocua y de fácil realización. Pero dichas consideraciones no pueden primar sobre el principio de supremacía de la verdad biológica que, como exigencia de orden público, rige en los procesos de filiación, por mandato constitucional (artículo 39 CE). Máxime cuando el conocimiento de la verdadera filiación no es un derecho que corresponda sólo a ambos progenitores (con superación, incluso, de los límites de legitimación impuestos por el Código Civil, como lo demuestran las SSTC 273/2005, 138/2005, 156/2005 y 52/2006) sino de forma principal al menor cuya filiación se trata de determinar legalmente, cuyo superior interés se erige en principio general del ordenamiento jurídico (LO 1/1996). Es por ello que la alta fiabilidad de la prueba practicada, unida a la afirmación pericial que acompaña a su resultado, conducen necesariamente a la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia en cuanto a la determinación de la filiación reclamada.

El criterio general del vencimiento expresado en el artículo 398 en relación con el 394 LEC ha de ser objeto de excepción en cuanto a la imposición de las costas procesales en el presente caso. Como ya hemos manifestado en el Fundamento de Derecho anterior, esta segunda instancia podría haberse evitado si el demandado hubiera asumido la carga procesal que, por razones de superioridad del interés del menor y de adecuación a la verdad biológica le impone el artículo 767.4 LEC. Por otra parte, la propia solicitud de la práctica de la prueba biológica en segunda instancia por parte del demandado demuestra por sí sola la existencia de dudas de hecho suficientes como para no imponer las costas a ninguna de ambas partes, máxime cuando la demandante, que ahora ha resultado vencida, al actuar el interés que la ley le reconoce actúa también el de la menor, que exige la determinación legal de su filiación. Por todo ello ha de revocarse la sentencia de instancia desestimando la demanda de reclamación de determinación legal de paternidad respecto del demandado, sin expresa imposición de las costas causadas en ninguna de ambas instancias, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, considerando entre las comunes las devengadas por la práctica de la prueba biológica que ambos han solicitado.

UNIONES DE HECHO

Se inadmite a *limine litis* la demanda por entenderse que no le asiste acción y derecho a la demandante para interesar en este procedimiento que le sea atribuido —en una situación de unión estable de pareja— el uso del domicilio familiar, pues si bien de la unión de la pareja de hecho ha nacido una hija en el año 2000, ésta no reside en nuestro país, sino en Ecuador.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de noviembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona se dictó Auto en fecha 11 de enero de 2010 en un procedimiento verbal, mediante el que se inadmitió a trámite la demanda presentada por la representación de Doña Felicidad por inadecuación del procedimiento.

Frente a dicha resolución se alzó Doña Felicidad interesando su revocación. El Ministerio Fiscal impugnó el anterior recurso por considerar ajustada a derecho la resolución recurrida, al entender que la acción cuyo ejercicio se pretende no tiene cabida en los trámites de este procedimiento.

La demanda —en definitiva— fue inadmitida por la Juzgadora *a limine litis* por entender que no le asiste acción y derecho a la demandante para interesar en este procedimiento que le sea atribuido —en una situación de unión estable de pareja— el uso del domicilio familiar,

perteneciente además a varias personas en pro indiviso, al no hallarse tal posibilidad prevista en la LUEP, de 15 de julio de 1998.

Ahora, la recurrente pretende que por aplicación analógica con las situaciones matrimoniales debe serle atribuido el uso del domicilio familiar por ser el interés más necesitado de protección, a lo que no es posible acceder, pues falta en la LUEP un precepto similar al contenido en el artículo 83.2.b) del CF, que hace referencia a la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección en el supuesto de inexistencia de hijos o ausencia de hijos menores de edad, al que cabe equiparar aquellos casos en que, aun existiendo tales hijos, el cónyuge no tenga asignada su guarda por cualquier motivo. Así, respecto de las uniones estables heterosexuales tan solo el artículo 11 de la LUEP se limita a regular la disposición de la vivienda común, a la que ni siquiera denomina vivienda familiar, como lo verifica el artículo 83 del Codi de Familia.

Pero, antes de proseguir con el análisis del recurso, hemos de recordar la doctrina jurisprudencial imperante en la materia. Así es posible leer en la STSJC, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de diciembre de 2009, que «la Llei d'Unió Estable de Parella de 15 de julio de 1998 no regula la atribución de la vivienda habitada por la pareja en forma paralela a como viene regulada en el CF para el caso de la ruptura o crisis de la unión. De hecho la única regulación hace referencia (artículos 11 y 28) a las limitaciones de disponer realizadas en vida por uno de sus miembros sin el consentimiento del otro. Este Tribunal ha declarado ya en la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2005 que no existe analogía en la regulación del CF en su aplicación a las parejas de hecho en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, pero lo ha hecho en un caso de pareja sin hijos comunes menores de edad.

La cuestión, sin embargo, ha de tener una solución diferente si existen hijos menores de edad comunes, pues ni la CE de 1978, que en su artículo 39.3 proclama: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", ni las leyes permiten discriminar a unos hijos respecto de otros por razón de su procedencia.

De este modo, uno de los bienes jurídicos protegidos en la regulación del Título III del CF es el interés de los hijos menores de edad y las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar operan sobre la base del *favor filii*. Es por ello que no puede aplicarse la normativa en forma distinta si la pareja ha tenido descendencia y los hijos son menores de edad a como se haría si los hijos fuesen matrimoniales.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 y el TSJC en Sentencia de 26 de febrero de 2007, si bien habida cuenta que fue la única ocasión, la presente resolución conformará ya doctrina legal al respecto».

En el caso que nos ocupa, si bien de la unión de la pareja de hecho ha nacido una hija en el año 2000, la misma no reside en nuestro país, sino en El Ecuador; por lo que, en su escrito de demanda la propia madre señala que en este momento no procede acordar medida alguna respecto de la menor.

Así las cosas, el presente recurso debe ser desestimado, y, en consecuencia, el Auto recurrido debe ser confirmado.

SUCESIONES

Al margen de la falta de relación entre padre e hijo, posiblemente motivada por el divorcio de los progenitores, no se constata la necesidad de la pensión de alimentos a favor del padre, de profesión biólogo y que la ejerció también durante su enfermedad, aunque necesitara de la asistencia de una tercera persona, lo que le permitía su situación económica. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre por lo que no se ha quedado acreditada la causa de desheredación.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez**

La sentencia de instancia estima la demanda en que se ejercita acción sobre declaración de nulidad de cláusula testamentaria de desheredación establecida en el testamento otorgado por el padre del causante, ante Notario el día 13 de febrero de 2008, concretándose en la causa prevista en el artículo 853.1.º CC, por haberle negado alimentos. Considera la sentencia que no se ha acreditado que concurra la causa de desheredación mencionada, no pudiendo incluirse en la misma la falta absoluta de relación entre el hijo, ahora demandante, y su padre, durante la vida de éste.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la heredera demandada que sostiene la concurrencia de la causa de desheredación ya mencionada, además de sostener la vigencia de otra causa de desheredación que constaba en un testamento anterior identificada por el precepto legal, la causa prevista en el artículo 853.2.º CC, es decir, haberle maltratado de obra o injuriado gravemente. Testamento otorgado ante Notario el día 20 de febrero de 1992.

En cuanto al fondo del asunto se desprende que la parte apelante sostiene que la falta absoluta de relación entre padre e hijo, cuando el padre padecía una enfermedad grave (esclerosis múltiple avanzada, presentando ya en 1998 tetraplejia espástica, con signos piramidales, con incapacidad motora absoluta y permanente, de carácter progresivo e irreversible, siendo totalmente dependiente de una tercera persona) implica la falta de una asistencia afectiva que forma parte del concepto de alimentos y que, por lo tanto éstos fueron negados, siquiera fuera asistencia médica.

Para resolver la cuestión hemos de partir de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y que no han resultado cuestionados por las partes. Señala la sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo:

«Los hechos básicos acreditados sobre los que gravita la resolución de la cuestión litigiosa entre las partes son los siguientes:

1. El demandante, D. José Augusto, nacido el 7 de julio de 1980, es hijo de D. Balbino y D.ª Gerónima.

2. El 22 de junio de 1990 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilagarcia de Arousa en el procedimiento 197/90 se dictó Sentencia por la que se declaró la separación de mutuo acuerdo de los cónyuges Balbino y D.ª Gerónima y se aprobó el Convenio Regulador conforme al cual la madre asumía la custodia del hijo común y el padre podrá visitarlo y tenerlo en su compañía dentro de los más amplios criterios de flexibilidad, especificando que se atenderá al siguiente horario de visitas: Todos los lunes, dada la salud del padre, la madre se compromete a entregárselo a la salida del Colegio al chófer del mismo; el padre tendrá derecho igualmente a disfrutar de la compañía del menor en semanas alternas desde las 12 horas del sábado a las 20 horas del domingo, empezando por el primer fin de semana de cada mes. La madre se compromete a entregarlo al chófer en el portal del domicilio y a recogerlo en el mismo lugar. El padre podrá tener al hijo un mes coincidiendo con las vacaciones escolares del menor y la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa. En casos excepcionales, en los que el padre no pudiera enviar a nadie a buscar al hijo avisará a la esposa con antelación y se lo llevará ella misma a su domicilio. El esposo dado su estado de salud se ve imposibilitado a tenor de los gastos que como consecuencia de la enfermedad tiene que sufragar a satisfacer cantidad alguna, asumiendo la esposa los gastos de sustento y educación del hijo común (*cfr.* Testimonio de la Sentencia de Separación, obrante en los folios 108 a 113 aportados con la Contestación a la demanda).

3. Por Sentencia de 20 de noviembre de 1991 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilagarcia de Arousa se declaró disuelto por causa de divorcio el matrimonio contraído por D. Balbino y D.ª Gerónima y se aprobó el Convenio Regulador, aprobado en el Juicio de Separación (*cfr.* Sentencia de Divorcio aportada como documento 6 de la Demanda y testimonio de los folios 114 a 116 aportados con la Contestación a la demanda).

4. A 24 de febrero de 1998, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilagarcía se

admitió a trámite la demanda interpuesta por D.ª Gerónima, de modificación de medidas adoptadas en Sentencia de Divorcio, en el sentido de imponer al demandado D. Balbino una pensión de alimentos a favor de su hijo, José Augusto, menor de edad, la cantidad de 45.000 pesetas mensuales. El demandado contestó en tiempo y forma a la demanda de modificación de medidas interesando su desestimación y alegando que "tanto o casamento como o nacemento foron dous erros, o primeiro persoal e o segundo biológico", que "padece esclerosis múltiple en fase evolutiva muy avanzada" y que "nin o filio nin a nai o visitan dende antes do ano 1990". Por Sentencia de 15 de mayo de 1998 estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.ª Gerónima contra D. Balbino, se fija en 15.000 pesetas mensuales la cantidad que el demandado satisfará a la actora en concepto de alimentos para el hijo (*cfr.* Testimonio del procedimiento de Modificación de Medidas núm. 98/2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vilagarcía, aportado con la Contestación a la demanda).

5. El régimen de visitas, establecido en la Sentencia de Separación y de Divorcio no se cumplió. D. Balbino no instó el cumplimiento del régimen de visitas de su hijo, José Augusto, ni tampoco la modificación del régimen de visitas. Tras la separación, D. Balbino no mantuvo relación alguna con su único hijo, José Augusto (En el interrogatorio, D. José Augusto reconoció no haber visitado nunca a su padre y que su padre se refería a él como "error biológico". D.ª Gerónima declaró que su marido "a la separación le dejó claro que no quería saber nada de su hijo, al que se refería como error biológico". Todos los testigos propuestos por la parte demandada vinieron a corroborar el precario estado de salud del Sr. Balbino, la necesidad de asistencia por terceras personas para todas las actividades cotidianas así como que no fue visitado por el hijo.

6. D. Balbino padecía esclerosis múltiple avanzada, presentando en 1998 tetraplejia espástica, con signos piramidales, con incapacidad motora, absoluta y permanente, de carácter progresivo e irreversible, siendo totalmente dependiente de otras personas para su cuidado personal. Mantuvo su capacidad intelectual, desarrollando sus actividades profesionales como biólogo (*cfr.* Testimonio de la Sentencia recaída en Autos de Modificación de Medidas núm. 98/2008, del Informe del Dr. Victorino unido a los referidos autos y aportados con la Contestación a la demanda en relación con el interrogatorio de las partes y declaración de los testigos propuestos por la parte demandada, que corroboraron el precario estado de salud del Sr. Balbino y su necesidad de asistencia por terceras personas para todas las actividades cotidianas).

7. D. Balbino, el 20 de febrero de 1992 otorgó testamento ante el Notario D. José Luis Lorenzo Arean establecimiento como cláusula Primera "Deshereda a su nombrado hijo, en virtud de la causa prevista en el artículo 853.2.º del Código Civil" (Véase Copia Notarial aportada como documento núm. 5 de la demanda). El hijo, José Augusto contaba entonces con 11 años de edad.

8. El 13 de febrero de 2008, ante el Notario D. Luis Gómez Varela, D. Balbino otorgó testamento, disponiendo en la Cláusula Primera que "Deshereda a su nombrado hijo por haberle negado alimentos al testador" y en la Cláusula Segunda "Instituye heredera a su hermana Balbino, a quien sustituye vulgarmente por su otra hermana Apolonia" (*cfr.* Copia Notarial aportada como documento 4 de la demanda).

9. El 4 de septiembre de 2008 falleció D. Balbino (*cfr.* Certificado de defunción aportado como documento núm. 2 de la demanda).

Como ya hemos señalado recientemente en nuestra sentencia de 28 de septiembre de 2010 "la desheredación supone la privación de la legítima de un heredero forzoso, hecha en testamento, con fundamento en una causa justa, de las previstas taxativamente en la ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 849 del Código Civil, la desheredación sólo podrá hacerse en testamento y exige la expresión concreta de la causa en que se funde, mandato que reitera el artículo 848". De otra parte, ha de tomarse en consideración para la resolución de las cuestiones debatida la singular norma de distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 850, que impone a los demandados, herederos del testador, la carga de probar la veracidad de los hechos en los que la desheredación se funde, caso de que se vea impugnada por el legitimario desheredado. Dicho todo ello en palabras del

TS, puede citarse la sentencia de 15 de junio de 1990: "para decidir la cuestión planteada, ha de tenerse en cuenta que la disposición impugnada es una declaración de voluntad testamentaria, solemne (artículo 849 CC), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (853 CC) de la que sean responsables. Su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista (Sentencia 4 de febrero de 1904), puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa (artículo 850)...".

Ha señalado la doctrina que, la enumeración de las causas de desheredación es taxativa, se trata de *numeros clausus*, sin posibilidad de extensión analógica ni interpretación extensiva. Ciñéndonos, por lo tanto, a la causa de desheredación que se invoca en el testamento otorgado en el año 2008, y que deja sin efecto el anterior de 1992 (artículo 739.1 CC), "Haber negado, sin motivo legítimo, alimentos al padre o ascendiente que le desherede", exige dos requisitos.

1. La negativa de alimentos, pudiendo precisarse:

— que no es necesario que hayan sido reclamados judicialmente, bastando que la negativa se pruebe por cualquier medio, con arreglo al artículo 850 CC,
— ni es preciso que se haya producido el hecho de quedarse el ascendiente sin alimentos porque otra persona se los haya prestado,
— que no hay razón para exigir, además, mala fe o temeridad en la negativa.

2. La falta de motivo legítimo para la negativa, que debe relacionarse con las causas extintivas de la obligación alimenticia expresadas en el artículo 152 CC: reducción de la fortuna del obligado hasta no poder satisfacer sus propias necesidades; que el alimentista pueda ejercer oficio, profesión o industria, o mejorado de fortuna.

En el supuesto enjuiciado, al margen de la falta de relación entre padre e hijo desde la más joven infancia del primero, posiblemente ante el divorcio de sus progenitores, no se constata la necesidad de la pensión de alimentos a favor del padre, de profesión biólogo y que la ejerció también durante su enfermedad, aunque necesitara de la asistencia de una tercera persona, lo que le permitía su situación económica. De hecho, en el año 1998 se fijaron judicialmente alimentos a favor del hijo y a cargo del padre, cuando ya éste se encontraba en el estado de salud antes descrito. La conclusión no es que se haya probado una negativa a prestar alimentos, sino que ni siquiera se ha acreditado que éstos fueran necesarios para la subsistencia del padre (artículo 148 CC).

Un supuesto que puede considerarse similar en cuanto contempla una situación de no convivencia entre hijos y padre, se recoge en la STS 4 de noviembre de 1997, rec. núm. 3056/1993: "El motivo cuarto denuncia la infracción del artículo 853 del Código Civil, causas primera y segunda, porque entiende que en tales causas de desheredación incurrieron los hijos desheredados, pues no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro".

El motivo se desestima, porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre, y no demostrada la causa de la desheredación (artículo 850) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible».

Aun cuando ya se ha señalado que la causa de desheredación que se recogía en el testamento otorgado en 1992 ha quedado revocada al ser revocado el testamento por el otorgamiento de otro posterior (artículo 739.1 CC), es de señalar

que no sólo no se ha acreditado la concurrencia de la causa que en aquél se invoca, sino que además resulta verdaderamente difícil en su producción cuando por aquella época el hijo tenía 12 años de edad (nacido el 7 de julio de 1980) y la relación entre padre e hijo era ya inexistente, por lo que extraño resulta que se produzca entre ellos un maltrato de obra o una injuria grave que exige, cómo no, una precisa intencionalidad de ofender o *animus iniuriandi*.

La donación debe entenderse como mejora e imputarse al tercio de libre disposición y, en la parte que no cupiere en el mismo, en el de mejora, correspondiéndoles a los actores participar en el tercio de legítima estricta.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt**

Partiendo que el fallo de la sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda, considera que la donación hecha por los padres de los litigantes a favor de las cuatro hermanas demandadas se ha de considerar como mejora e imputarse en el tercio de libre disposición y, en la parte que no cupiere en el mismo, en el de mejora, correspondiéndole a los actores participar en el tercio de legitima estricta, el recurso de apelación se centra y circunscribe en la afirmación de que la donación efectuada no se puede considerar como mejora en vista de la interpretación que el TS le da al artículo 825 CC, en su sentencia de 28 de mayo de 2006, en el sentido de que, para que la donación hecha a las hijas por los padres se entienda como mejora, se precisa la constancia de la inequívoca voluntad de aquéllos de mejorar, aunque no se emplee el término, entendiendo así que, de los testamentos de los padres, resulta que esa intención de mejorar no existía habida cuenta que todos los hijos fueron instituidos herederos por partes iguales, lo que igualmente resulta de la escritura de donación donde se limitaron a donar, pura y simplemente, a sus hijas la propiedad indivisa de la casa en cuestión.

Realmente, hubo un tiempo en que la doctrina jurisprudencial insistió en que, para que una disposición se pueda considerar como mejora, ha de resultar así de forma expresa, consagrando el principio de la inadmisión de la mejora tácita. Pero, ya antes de la sentencia antes referida, la de 18 de junio de 1982, comentando los artículos 825 y 828 CC, entendió que «aunque tales preceptos disponen que para que la mejora se considere como tal deberá declararlo así el testador expresamente, en ningún caso esto se ha de entender en el rígido sentido de que aquél venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad que, ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz del artículo 1281 CC, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar». Y qué duda cabe que esa voluntad de los padres de mejorar a las hijas resulta patentizada en los propios testamentos, como en la escritura de donación. Pues si, después de instituir a los hijos como herederos por partes iguales, se hace la salvedad del legado que se hace a la cuatro hijas de la parte ganancial que a cada uno corresponda de la casa de la calle Escobas y, después, en la escritura de donación se ratifica esa voluntad al punto de indicar que la donación es irrevocable y no colacionable, resulta evidenciado que el deseo de los padres era, por los motivos que fueren, mejorar a las hijas. Y tales motivos se adivinan de la testifical propuesta por las demandadas, de la que es fácil colegir los antecedentes referentes al trato recibido por los actores por parte de sus padres que le permitían moralmente entender que igual trato debían tener el resto de sus hijos, pues de otro modo no se entiende, ni se ha articulado prueba alguna para despejar la incógnita, la coincidencia del legado con la institución de herederos y que aquel legado tuviere efectividad mediante la transmisión *inter vivos* que supuso la escritu-

ra de donación, con expresiones que revelaban bien a las claras la intención de los causantes de la herencia.

Sólo decir, finalmente, no alcanzarse a entender el fin de la apelación, pues si subsidiariamente a la petición principal, se interesaba la declaración de que la donación hecha por los causantes era inoficiosa en lo que excede de la legitima, pidiéndose la reducción de la donación a los tercios de libre disposición y mejora, quedando el tercio de legítima estricta para formar el caudal relicto, tal era el sentido del fallo que, estimando parcialmente la demanda, declara que la donación debe entenderse como mejora e imputarse al tercio de libre disposición y, en la parte que no cupiere en el mismo, en el de mejora, correspondiéndoles a los actores participar en el tercio de legítima estricta.

CUESTIONES PENALES

Ha cesado en su actividad de transportista, no tiene vehículos con los que realizar esa actividad empresarial y se ha dado de baja en el régimen de autónomos. Dicho cese ha venido acompañado además de importantes deudas financieras. No se puede plantear en esta situación económica del acusado una omisión dolosa en el cumplimiento de la totalidad de las prestaciones reconocidas judicialmente en sentencia de divorcio, al haberse acreditado la imposibilidad efectiva de ese cumplimiento íntegro, por lo que no cabe apreciar la responsabilidad penal apreciada en la resolución de instancia.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez**

Por el Juzgado de lo Penal número tres de Jaén, en el Procedimiento Abreviado número 129/10, se dictó en fecha 8 de septiembre de 2010, Sentencia que contiene los siguientes hechos probados: «Se declara probado, que el acusado, en virtud del Auto de Medidas Provisionales Coetáneas de fecha 4 de marzo de 2009 en el procedimiento núm. 187/09 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 y familia de Jaén, está obligado a satisfacer mensualmente en concepto de pensión alimenticia a favor de sus hijos habidos de su matrimonio con Carmela la cantidad de 700 euros mensuales y desde la sentencia de divorcio de fecha 8 de octubre de 2009, procedimiento de divorcio núm. 108/09 la cantidad de 900 euros, más las actualizaciones del IPC anual, si bien el acusado no ha realizado pago alguno de dichas cantidades o excepcionalmente pagos parciales, concretamente la cantidad de 2.750 euros desde marzo hasta septiembre de 2009, adeudando por tal concepto la cantidad de 3.950 euros, ya que durante los meses de octubre hasta diciembre de 2009 no ha hecho efectivo cantidad alguna, si bien a partir de enero de 2010 hasta agosto de 2010 ha realizado pagos por importe de 300 euros».

Así mismo la referida sentencia contiene el siguiente fallo: «Debo condenar y condeno a Artemio como autor criminalmente responsable de un delito de abandono de familia por impago de pensiones alimenticias del artículo 227, a la pena de tres meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena y con imposición de costas.

Por vía de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Carmela en las cantidades debidas y no satisfechas en concepto de pensión por alimentos a favor de sus hijos y que será determinada en ejecución de sentencia una vez se detraigan los importes satisfechos por el acusado desde el dictado del Auto de Medidas provisionales Coetáneas hasta la firmeza de la presente resolución judicial que pone término al procedimiento, más el interés legal del artículo 576 de la LEC, y las actualizaciones anuales del IPC».

Contra la mencionada sentencia por el acusado se formalizó en tiempo y forma el recurso

de apelación, dándose traslado a las demás partes para impugnación o adhesión a la apelación, habiéndose presentado por Carmela y por el Ministerio Fiscal los correspondientes escritos de impugnación del recurso.

Elevados los autos a esta Audiencia se acordó formar rollo, turnar de Ponente, y una vez se llevó a cabo la votación y fallo quedaron examinados para sentencia.

No se aceptan como trámite y antecedentes los de la sentencia recurrida, que quedan sustituidos por los que a continuación se expresan.

En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

La relación de hechos probados de la resolución de instancia queda sustituida por la siguiente:

El acusado viene judicialmente obligado al abono a su ex esposa, Carmela, de una prestación alimenticia para el sostenimiento de los hijos menores comunes de ambos en cuantía de 700 euros mensuales (350 euros por cada uno de los hijos menores) desde el dictado del auto de medidas provisionales acordado por el Juzgado núm. 6 de Jaén de fecha 4 de marzo de 2009 y posteriormente la sentencia de divorcio de 8 de octubre de 2009 dictada por ese mismo juzgado, modificada parcialmente por la sentencia de la Audiencia Provincial de 26 de febrero de 2010.

El acusado, en cumplimiento de dicha obligación alimenticia, ha realizado pagos parciales hasta septiembre de 2009 por importe total de 2.750 euros, y desde enero a agosto de 2010 viene abonando la cantidad de 300 euros mensuales.

Durante tal período de tiempo la capacidad económica del acusado ha ido disminuyendo de forma progresiva al haber tenido que cesar en el primer semestre de 2009 en su actividad de transportista, existiendo deudas con la Seguridad Social y diversas entidades financieras por importe superior a los 280.000 euros, existiendo al menos cuatro procedimientos judiciales ejecutivos contra el mismo (Ejecución 454/2009 del Juzgado de 1.ª instancia núm. 5 de Jaén, 760/09 y 789/09 del Juzgado núm. 1 de Jaén y 732/2009 del Juzgado núm. 6 de Jaén), no siendo actualmente titular de ningún vehículo para tal actividad.

En el segundo semestre de 2009 no le consta más percepción salarial que la derivada del trabajo como controlador a tiempo parcial para la empresa Opcon Hispania con retribuciones inferiores a los 100 euros mensuales, compatibilizando dicha actividad desde octubre de 2009 con el trabajo de peón de limpieza para la empresa Sondosa Servicios Integrales percibiendo por esta actividad 136 euros en octubre, 363 euros en noviembre y alrededor de 500 euros mensuales desde el mes de diciembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Frente a la resolución condenatoria de instancia que considera al acusado criminalmente responsable de un delito de abandono de familia del artículo 227 del CP por el impago de las prestaciones alimenticias a que venía obligado judicialmente, se articula recurso de apelación en donde el acusado reclama su libre absolución, amparando tal pretensión en tres motivos: Infracción del artículo 24.1 de la CE, infracción del artículo 227 del CP y error en la valoración de la prueba.

Con respecto al primer motivo de apelación el mismo iba referido a la denegación de cierto material probatorio cuya aportación pretendía el hoy apelante, cuestión que ya ha sido solventada en esta alzada con la admisión de dicha documental acordada por auto de 15 de noviembre de 2010.

Entrando en el análisis conjunto de los otros dos motivos de apelación, debemos de recordar, tal y como ha sostenido esta Sala en sentencias tales como la de 11 de marzo de 2010, 25 de septiembre de 2009 o 9 de marzo de 2009, que el delito de abandono de familia recogido en artículo 227.1.º del Código Penal se configura como un delito de omisión que exige como elementos esenciales:

A) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos; sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de

necesidad vital por parte del beneficiario de la prestación.

B) La conducta omisiva consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos, conducta esta de omisión cuya realización consuma el delito por serlo de mera actividad sin necesidad de que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida.

C) La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (artículo 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido el TS ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (artículo 227 CP) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de «prisión por deudas». Ahora bien, la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento («no poder cumplir»), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido:

A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta —y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica— exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí, que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del artículo 227.1.º del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del «abandono» de familia.

B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida.

En el caso de autos ciertamente desde el dictado del auto de medidas provisionales en que se fijó una pensión de 700 euros mensuales la cual finalmente alcanzó firmeza por la sentencia de esta misma Audiencia Provincial (en la que reducía los 900 euros inicialmente fijados en la sentencia de divorcio), se valoró una capacidad económica del hoy acusado suficiente para hacer frente al pago de dichas prestaciones.

Si examinamos dichas resoluciones podemos comprobar que, de acuerdo con el material probatorio obrante en aquel momento, se atis-

baba una cierta crisis económica en la actividad de transportista del acusado, si bien no se podía prever en aquel momento una situación como la acreditada en la actualidad.

El material probatorio aportado a la litis ha revelado que el acusado ha cesado en su actividad de transportista, no tiene vehículos con los que realizar esa actividad empresarial y se ha dado de baja en el régimen de autónomos. Dicho cese ha venido acompañado además de importantes deudas financieras objeto de reclamación judicial en cuantía próxima a los 300.000 euros, tal y como se constata en las ejecuciones judiciales relacionadas en los hechos probados de esta resolución.

Actualmente presta servicios como controlador a tiempo parcial para la empresa Opcon Hispania y como peón de limpieza para la empresa Sondosa Servicios Integrales, percibiendo desde el mes de enero unas cantidades por ambos conceptos que no alcanzan los 600 euros mensuales, abonando desde dicha fecha en concepto de prestación alimenticia la cantidad de 300 euros mensuales.

No se puede plantear en esta situación económica del acusado una omisión dolosa en el cumplimiento de la totalidad de las prestaciones reconocidas judicialmente en sentencia de divorcio, al haberse acreditado la imposibilidad efectiva de ese cumplimiento íntegro, por lo que, aplicando la doctrina antes expuesta, no cabe apreciar la responsabilidad penal apreciada en la resolución de instancia, la cual debe ser revocada y decretar la libre absolución del acusado.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda la custodia compartida por trimestres escolares permaneciendo los hijos en el domicilio familiar y alternándose los progenitores en el uso hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Sentencia de 8 de abril de 2010

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Francisco de Asís Serrano Castro**

En primer lugar se debate sobre la cuestión esencial referente al modelo del ejercicio de las relaciones parentales de ambos progenitores con sus dos hijos. Al respecto se plantea una disyuntiva sobre la elección de un modelo de custodia exclusiva o de custodia compartida, resultando lamentable, manifiestamente discriminatoria la actual situación legislativa que se produce en España, donde coexisten normativas francamente contradictorias, dependiendo, en definitiva, de la vecindad civil del justiciable la aplicación de una u otra. En relación a la concepción de la guarda y custodia de los hijos, las diferencias y desigualdades que se producen son manifiestos y notorios siendo de destacar que pese a que el Legislador (a nivel nacional o autonómico) siempre pretenda garantizar y preservar el interés y bienestar de los menores, lo cierto es que el patrón escogido del que se va a hacer depender el requisito de idoneidad para el cuidado habitual de los hijos, viene predeterminado por planteamientos ideológicos: unos de carácter trasnochado, reaccionarios al progreso y que siguen valorando la figura materna como referente de apego principal, y a la figura paterna como referente periférico, y otras que habiendo superado esa mentalidad apuestan por planteamientos de auténtica igualdad y paridad en el cumplimiento de las obligaciones domésticas, y entre los que resulta principal la de participar, compartir y distribuir el deber de crianza, cuidado y atención de los hijos, siempre que ambos progenitores durante la convivencia familiar hubieran hecho frente común y corresponsable en el compromiso de asumir esas obligaciones, mostrando una idoneidad y predisposición a seguir asumiéndolas al margen de cualquier consideración por razón de sexo. Ese segundo planteamiento y concepción es el que ha prevalecido y del que se han hecho partícipes los Parlamentos Autonómicos de Aragón (Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, BOA Ley 2/2010, de 26 de mayo) y de Cataluña. Mas en el resto del territorio nacional sigue primando un enfoque en el que se parte del carácter no preferente e incluso excepcional del modelo de custodia compartida (artículo 92 CC).

En el presente caso, e incluso refrendándose esa alternativa como más favorable al interés de los hijos parte del Ministerio Fiscal (artículo 92.8 CC), se ha puesto de manifiesto que la custodia compartida constituye el mejor modelo de parentalidad en atención a las circunstancias familiares concurrentes.

Al respecto, resulta especialmente significativa la valoración efectuada por el Equipo Psicosocial, en cuyo informe de fecha 26 de noviembre de 2010, después del estudio familiar realizado se destaca:

1. Tanto el padre como la madre disponen de recursos personales, familiares y sociales para cubrir adecuadamente las necesidades materiales como afectivas de sus hijos.

2. Los menores desconocen por completo su nueva realidad familiar y actúan de una forma espontánea en su relación con cada uno de sus padres con los cuales se encuentran vinculados afectivamente y se sienten protegidos y seguros.

3. Anteriormente a la demanda de separación ambos padres han sabido satisfacer las demandas de sus hijos compartiendo entre ellos y a veces con miembros de la familia las necesidades de sus hijos y considerándose mutuamente como adecuados para atender a sus hijos. Siendo a partir de la separación cuando no han sabido consensuar lo mejor para sus hijos ya que cada uno entiende que su planteamiento es el más beneficioso.

4. Desde el colegio informan que no se percibe ningún cambio de comportamiento o de rendimiento en los menores, habiendo sido informados por los padres de su proceso de separación.

Tras dicha valoración se concluye: Este Equipo Psicosocial considera fundamental para Pablo y Carmen que puedan contar con el apoyo y atención de sus dos progenitores en igualdad de condición siempre que sus circunstancias se lo permitan y en este caso que nos ocupa se dan las condiciones para que ambos padres puedan atender adecuadamente las necesidades afectivas como materiales de sus hijos.

Por lo tanto, consideramos que sería beneficioso y les ofrecería seguridad y estabilidad a los menores el que ambos padres compartan su responsabilidad ya que éstos disponen de habilidades y aptitudes para atenderlos y por la gran vinculación afectiva que existe entre ellos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, en atención a esa recomendación en interés de los hijos menores, en el acto de la Vista también valoró y consideró el régimen de custodia compartida como el más beneficioso para los niños, informando favorablemente tal y como resulta preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 92.6 CC.

Desde luego, lo que no resulta admisible, y se estima no sólo contraproducente a ese interés sino incluso manifiestamente discriminatorio, es afirmar (como hace la representación legal de la demandante en su escrito de conclusiones) que «la madre manifiesta la seguridad, rutina, disciplina y hábito que necesitan sus hijos, y asimismo las atenciones que en razón a la corta edad de los menores, solamente una madre puede dispensar». En tal sentido, y ahondando en lo expresado, resulta sintomático que esa afirmación de la representación legal de la madre, coincide plenamente con la sospecha indicada por el padre al Equipo Psicosocial: «el motivo de que ella no está de acuerdo en compartir la custodia es cultural, porque entiende que los hijos deben vivir con la madre». Hoy en día, y más cuando concurren los factores y circunstancias que se aprecian en el conflicto familiar analizado, no puede concluirse apriorísticamente que sólo las madres pueden preocuparse de dispensar a sus hijos la cobertura de sus necesidades afectivas y materiales. El Tribunal Constitucional en 1991 así lo dejó ya de manifiesto al admitir una cuestión de inconstitucionalidad contra la norma que implicaba la automática atribución de la custodia a las madres de los hijos menores de 7 años, y ello con independencia de cualquier valoración de idoneidad y capacidad en ambos progenitores. Tras veinte años, sin embargo, persisten los planteamientos precedentes a dicha corrección legal fundada en el principio de igualdad plena en el ejercicio de las funciones y obligaciones paterno y materno-filiales.

Tras veinte años se han de superar los prejuicios sexistas, exigiendo el interés de los hijos que, en casos como el que nos ocupa, se favorezca un régimen de autoridad parental que permita seguir disfrutando a los niños de una vinculación y relación de apego saludable, lo más próxima posible a la situación emocional, afectiva y material de la que venían haciendo compromiso responsable ambos progenitores antes del momento de su ruptura. En fin y beneficio innegable resulta consustancial a la felicidad de los niños, a su estabilidad y correcto desarrollo y a él han de quedar sometidas las demás pretensiones de contenido económico y patrimonial.

En atención a todo lo expuesto, y puesto que se considera que el modelo de custodia compartida resulta el más idóneo, el que sólo el interés y bienestar de los menores (a tenor de lo estable-

cido en el artículo 92.8 CC), se ha de modalizar ese régimen, estimando más adecuado que el semanal propuesto por el padre, un régimen trimestral, coincidente con cada evaluación escolar de los niños. En tal sentido, la madre permanecerá con los niños hasta el final del presente curso escolar, comenzado a ejercer el padre la función de garante de su cuidado y atención a partir del comienzo del curso escolar en septiembre.

El progenitor que en cada período no asuma esa responsabilidad tendrá el derecho y la obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos, en la forma que convengan procurando salvaguardar que se mantenga una flexible y constante vinculación paterno y maternofilial.

Subsidiariamente, con carácter mínimo, los dos hijos menores permanecerán con ese progenitor, temporalmente no custodio, en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrada el lunes en sus respectivos centros escolares. También permanecerán en su compañía las tardes de los miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana del jueves en que los reintegrará a la entrada de clase.

En cuanto a los períodos de vacaciones de los menores, los pasarán con uno y otro progenitor por mitades íntegros en consideración a los respectivos calendarios escolares. En el caso de discrepancia en los años pares el primer período le corresponderá a la madre y el segundo período en los años impares y a la inversa en lo que respecta al padre.

En relación a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, la anterior modalidad de custodia compartida, conlleva que no proceda efectuar una atribución exclusiva, considerando que al no regir el privilegio de uso establecido en el artículo 96 CC, en favor de ninguno de los cónyuges titulares del inmueble, regirán las reglas de disposición sentadas en el artículo 394 CC, con respecto a los bienes asentados en régimen de comunidad. Al menos, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se venda la vivienda o se adjudique, previa compensación a uno de dichos cotitulares. Compatibilizando esa finalidad liquidativa con el derecho de los niños a seguir disfrutando del inmueble que les ha servido de morada, se estima que procede establecer un uso alternativo para cada progenitor durante los períodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, debiendo el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo.

Revista de
Derecho
de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

CONVENIO REGULADOR

Se deniega la inscripción de un convenio regulador en el que se llevan a cabo adjudicaciones por parte de uno de los cónyuges, a favor del otro —hasta entonces casados en régimen de separación de bienes—, cuando tales bienes figuran en el Registro de la Propiedad como privativos de aquéllas, dado que las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación, constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

DGRN, Resolución de 22 de diciembre de 2010

1. Se debate en este recurso si es inscribible directamente un convenio regulador de los efectos del divorcio, aprobado por sentencia, en el que se llevan a cabo adjudicaciones por parte de uno de los cónyuges, a favor del otro —hasta entonces casados en régimen de separación de bienes—, cuando tales bienes figuran en el Registro de la Propiedad como privativos de aquél; o si por el contrario es necesario el otorgamiento de escritura pública.

2. Como tiene resuelto en reiteradas ocasiones este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial de una sentencia de separación o de divorcio, pues se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Sin embargo, el convenio regulador no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia.

3. En efecto, como recordó la Resolución de este Centro Directivo de 25 de octubre de 2005, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan *erga omnes* de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador. Así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a lo largo del articulado de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los Secretarios Judiciales (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él —artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—). Conforme al artículo 319.1 de dicha Ley procesal, tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (*cfr.*, también, artículo 1218 CC). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente,

sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse. En consecuencia, la doctrina y la legislación hipotecaria no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (*cfr.* Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

4. En el marco de estos criterios generales, este Centro Directivo (*cfr.* por todas, Resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988) ha admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial por el que se acredite dicho convenio y que éste ha sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación. A este respecto se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado. Pero esta posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (*cfr.* artículos 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Precisando más los límites de la citada doctrina, recientemente la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, ha señalado respecto de la sociedad de gananciales que, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (*cfr.* artículo 1323 CC), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes privativos. No siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio; Por el contrario, en algunas ocasiones un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compensa con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa. Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (*cfr.* artículos 1397 y 1404 CC y 18 de la Ley Hipotecaria).

Del mismo modo, este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble (*cfr.* las Resoluciones de 21 de enero de 2006 y 29 de octubre de 2008).

5. En este caso, sin embargo, no existe liquidación de sociedad conyugal propiamente dicha, ni siquiera de un pro indiviso producido durante el matrimonio en régimen de separación, dado que los bienes transmitidos se adquirieron en su totalidad como privativos en exclusiva del cónyuge transmitente. En efecto, se trata de un convenio regulador aprobado judicialmente que regula la guarda y custodia del hijo menor; el régimen de visitas y de alimentos a favor del hijo; y en el que se adjudica la vivienda habitual a uno de los cónyuges por estar el otro en trámites de adquisición de una nueva; y se adjudican también a su favor seis fincas privativas del otro cónyuge. En compensación por el desequilibrio pro-

ducido por la atribución de los bienes privativos en el convenio, se compensa por el adquirente al cónyuge que los transmite con una compensación en metálico.

No estamos, por tanto, ante un negocio complejo inserto dentro del procedimiento de liquidación de bienes y deudas, derivada de la extinción del régimen económico matrimonial de gananciales o del de separación de bienes, sino ante un negocio independiente, con significación propia y distinta de la del convenio regulador —aunque formalmente inserto en él—.

Sobre el particular, es doctrina de este Centro Directivo (Resolución de 3 de junio de 2006) que las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación, constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

SUCESIONES

Acreditada la muerte de una heredera mediante el certificado de defunción, que aparece unido a la escritura de partición, y que ocurrió con anterioridad a la de sus padres, pero con posterioridad al otorgamiento del testamento, no hace falta ninguna declaración de herederos de tal hija premuerta, pues entran directamente, por obra de la sustitución, a ser llamados a la herencia los sustitutos vulgares, que son sus descendientes, y, señalados éstos, no procede averiguación ulterior sobre otros posibles sustitutos.

DGRN, Resolución de 14 de diciembre de 2010

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Fallecen los cónyuges don L.M.M. y doña V.P.G.A., con sendos testamentos, de idéntico contenido, en los que, aparte de otras disposiciones que han quedado sin efecto, instituyen herederos por partes iguales a sus tres hijos doña A., don L. y don J.M.P., sustituidos vulgarmente en caso de premoriencia o incapacidad por sus respectivos descendientes.

La hija, doña A. falleció antes que sus padres dejando tres hijos, llamados don A., don M.V. y doña M.J.S.M.

Se presenta escritura de partición otorgada por los dos hijos y los tres nietos, todos mayores de edad.

El Registrador en su nota de calificación estima la existencia de tres defectos, de los cuales el último no es objeto de recurso. Los otros dos son:

1) No acompañarse el certificado de defunción, últimas voluntades y testamento de la hija premuerta o, en su defecto, acta de notoriedad.

2) No acreditarse la superficie construida de una casa por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Recurrida tal calificación, alega el Registrador en su informe que lo que solicita en el primer defecto es que se acredite quiénes son los sustitutos que deben heredar en lugar de la hija premuerta.

2. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que lo que se debe discutir en el recurso gubernativo son los defectos señalados por el Registrador en la nota de calificación, sin que se deba entrar en otros pretendidos defectos que no hayan sido aducidos por éste en la nota de calificación, ya que ello produciría indefensión

en el recurrente. En la misma línea, la doctrina más autorizada ha concluido que el informe no puede añadir nuevos defectos a la nota de calificación, sino contestar al escrito de recurso y a las alegaciones formuladas por el recurrente, siempre con base en los defectos contenidos en la repetida nota.

3. Entrando, por tanto, en los defectos atribuidos al documento en la nota de calificación, el primero de éstos ha de ser revocado. Acreditada la muerte de una heredera mediante el certificado de defunción, que aparece unido a la escritura de partición, y que ocurrió con anterioridad a la de sus padres, pero con posterioridad al otorgamiento del testamento, no hace falta ninguna declaración de herederos de tal hija premuerta, pues entran directamente, por obra de la sustitución, a ser llamados a la herencia los sustitutos vulgares, que son sus descendientes, y, señalados éstos, no procede averiguación ulterior sobre otros posibles sustitutos.

4. El segundo de los defectos ha de ser igualmente revocado. Siendo el año de construcción del inmueble anterior a la Ley 8/1990, e incorporada a la escritura calificada certificación catastral en la que figura la superficie construida de la edificación, se cumple con la aportación de uno de los medios señalados en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 (*cfr.* Disposición Transitoria 6.ª, apartado 1.º de la Ley 8/1990, de 25 de julio).

Revista de
Derecho
de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA VIVIENDA FAMILIAR

La primera cuestión que debemos poner de manifiesto es que en el artículo 96 CC no se contempla el caso en el que se adopte como modelo la custodia compartida. En efecto, las situaciones previstas legalmente en el citado precepto son exclusivamente la atribución de la custodia a un solo progenitor, el reparto de la custodia de los distintos hijos entre el padre y la madre, o la atribución del uso cuando no convive ningún hijo en el domicilio familiar.

Qué solución jurídica están ofreciendo las distintas leyes autonómicas que han regulado con mayor permisividad la custodia compartida:

— Cataluña: En el artículo 233-20.3 del Código Civil de Cataluña se indica que «La autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) Si la guarda de los hijos queda compartida».

— Navarra: La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, no contiene referencia alguna a la atribución del uso de la vivienda familiar.

— Aragón: En el artículo 81 del Código del Derecho Foral de Aragón señala que: «1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares... 3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. 4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares».

— Valencia: La Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (actualmente se encuentra en suspenso su aplicación por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno), señala en su artículo 6 que «1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

  En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas

similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial.

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el período máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurran circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario».

¿Cuando se entienda que la custodia compartida es el modelo que mejor se adapta al caso concreto qué criterios deberá seguir el Juez o Tribunal en aquellos territorios donde no sean de aplicación estas leyes autonómicas? Ante la falta de regulación expresa habrá que asimilar el caso al supuesto en el que la custodia de los hijos se reparte entre ambos progenitores, señalando a tal efecto el artículo 96.1 que «Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente». Pero ya sabemos que el Juez siempre va a resolver lo procedente y de poca ayuda nos sirve el texto legal.

Veamos las distintas posibilidades que pueden presentarse y analicemos su régimen jurídico.

1. LOS HIJOS SE QUEDAN EN LA VIVIENDA Y LOS PADRES SE ALTERNAN EN SU COMPAÑÍA

Si analizamos la legislación autonómica, podremos observar que esta solución jurídica no se menciona expresamente en ninguna de ellas como medida que pueda ser adoptada por el Juez o Tribunal. Sí cabe, por el contrario, que los progenitores la adopten de mutuo acuerdo, en cuyo caso lo normal es que sea homologada judicialmente. Hay que pensar que tanto en el Código Civil, como en las legislaciones autonómicas se prevé que el Juez se pronuncie sobre el uso de la vivienda cuando falta el acuerdo entre los progenitores o cuando éste no es aprobado.

No obstante, también es verdad que no está prohibida por el legislador y entra dentro de las posibilidades que tiene el Juez o Tribunal para adoptar las medidas, por lo que es posible que exista algún caso en el que esta atribución del uso a favor de los hijos alternándose los progenitores en la convivencia con aquéllos sea la más procedente. Los nuevos

modelos de familia que se han desarrollado en los últimos años exigen soluciones muy distintas a las que se venían adoptando para las familias tradicionales.

1.a) Ventajas de este sistema de atribución de uso

Uno de los grandes obstáculos que numerosos juzgados y tribunales esgrimen para no acordar la custodia compartida es el cambio constante de domicilio para el menor que periódicamente tiene que trasladarse de un domicilio a otro.

Así por ejemplo, la AP Córdoba, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 1 de junio de 2009 indicó que «no se acuerda la custodia compartida ya que teniendo en cuenta la edad de la menor, nacida en junio de dos mil siete, se plantea por el apelante un sistema en que ésta sería desplazada semanalmente de un domicilio a otro, lo que ya de por sí sugiere la exigencia para la menor de una continua adaptación a entornos cambiantes que propiciarían el riesgo de desorientarla en los aspectos básicos de su vida por circunstancias que por su edad no sabría comprender».

Por su parte, la AP Madrid, Sec. 22.ª, en su Sentencia de 16 de julio de 2010 precisó que «El traslado bimensual de casa y entornos, hábitos y costumbres no se acredita suponga provecho o ventaja alguna en la formación y desarrollo de la menor de 10 años de edad, por lo que se revoca la custodia alternativa cada dos meses concedida por el Juzgado y se acuerda otorgarla en exclusiva a la madre».

Pues bien, este problema se elimina con la permanencia de los hijos en la vivienda familiar y con la alternancia de los padres en el uso.

Otra de las ventajas, cuando la vivienda familiar es propiedad de los padres de uno de los cónyuges, es que impide el éxito de la acción de desahucio por precario. Éste fue el caso analizado por la SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 21 de octubre de 2010:

> «La cuestión queda más clara en el presente caso porque el uso de la vivienda no se ha atribuido en exclusiva a la madre, sino que se ha pactado una custodia compartida del hijo menor y se prevé que los padres se alternen en su estancia en la casa para cuidar al hijo, correspondiendo al padre los fines de semana y el resto a la madre.
>
> A todo ello hay que añadir que la actora, ahora apelante, al ser preguntada por el Letrado de la demandada durante su interrogatorio admitió que acompañó a su hijo al juicio de divorcio, que conoció lo que allí se pactó y que estuvo de acuerdo con ello, respondiendo afirmativamente cuando se le preguntó si le parecía bien lo acordado (minuto 26 de la grabación).
>
> No estamos ante un mero uso del inmueble como vivienda, sino ante una distribución del uso entre el padre y la madre para atender al hijo común, que es el que realmente resulta beneficiario del uso, lo que permite calificar dicho uso como concreto y determinado, y no genérico, y por tanto, calificarlo como comodato, siendo su duración mientras el hijo no tenga independencia económica y precise las atenciones de los padres, cumpliéndose también el requisito de tiempo cierto».

Por último, hay que comentar que este sistema es muy acertado para la atribución del uso de segundas viviendas de vacaciones, pues los hijos pueden permanecer todo el verano en la vivienda y los padres permanecen un mes cada uno.

1.b) Inconvenientes de este sistema de atribución de uso

— Necesidad de tres inmuebles para cubrir el alojamiento de todos los miembros de la familia.

Es probable que los hijos se sientan más cómodos sin tener que andar con la maleta a cuestas o vivir con solo uno de sus progenitores, pero esta fórmula exige, para empezar, disponer de tres viviendas y eso no está alcance de todos, máxime cuando hay que partir del principio de que divorciarse es fácil pero caro. Por tanto, se trata de una medida que sólo puede adoptarse en parejas que tienen un nivel adquisitivo importante. Podría acudirse a la hospitalidad de amigos y familiares en los períodos en los que no conviven con los hijos, pero terminaría perdiendo a los amigos y hartando a la familia.

— Problemas domésticos derivados del uso de los inmuebles.

Éstos suelen ser unos efectos secundarios que pueden producir gran conflictividad entre los progenitores, y dar lugar a casuísticas propias de una de esas series de televisión que convierten el caos en comedias hilarantes. Obligar a compartir por turnos incluso la cama puede ser un trago demasiado amargo para los ex cónyuges. Baste pensar que cada vez que se cambie de usuario tendrá que retirar los objetos personales, existirán problemas de pago de suministros, arreglos de muebles y electrodomésticos, etc. Como señala alguna sentencia, esta medida es indeseable por no ser la vivienda familiar un bien que pueda cambiarse de manos sin problemas.

— Complicaciones derivadas de la convivencia de otros hijos mayores con alguno de los cónyuges.

— Complicaciones derivadas del inicio de una nueva relación de los progenitores con terceras personas.

1.c) Posición de la jurisprudencia

No puede negarse que el criterio mayoritario entre los Juzgados y Audiencias Provinciales es no hacer una atribución conjunta del uso de la vivienda familiar. Así, por ejemplo, en la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 se decía:

> «En la STSJC núm. 31/2008 (5 sep.), al tiempo de desaconsejar con carácter general que en los supuestos de guarda y custodia compartida se atribuyera el uso del que fue domicilio familiar antes de la ruptura matrimonial por períodos temporales alternos, pues ello no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos».

La Sentencia de la AP de Barcelona de 28 de enero de 2010 tampoco entendió procedente este sistema de atribución del uso de la vivienda:

> «En el presente caso, la Sentencia de instancia atribuyó el uso del domicilio familiar a la menor Neus y al progenitor que en cada momento tenga su custodia, sin embargo, esta solución, ni siquiera en el supuesto de guarda y custodia compartida puede admitirse, dado que la alternancia en el domicilio de los dos progenitores produciría más problemas que

> soluciones, tratándose de una medida que no puede considerarse idónea, máxime cuando existen divergencias entre ambos padres, a quienes no se puede obligar a trasladar sus enseres imprescindibles en cada período de guarda».

La AP de Sevilla, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 14 de octubre de 2010, tampoco consideró oportuno atribuir a los hijos el uso de la vivienda familiar, aunque ciertamente no razonaba dónde estaban los inconvenientes para confirmar la resolución del Juzgado:

> «Por lo que considera la Sala que teniendo en cuenta el inicial acuerdo de los progenitores, el informe psicológico aportado, el informe favorable del Ministerio Fiscal y fundamentalmente lo manifestado por los menores se estima que es el régimen de custodia compartida alternativa el más favorable e idóneo para el de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia por lo que procede la desestimación de los recursos interpuestos revocando la sentencia apelada en el único sentido de acordar que debe cumplirse el régimen de custodia alternativa trasladándose los menores al domicilio de sus progenitores».

Sin embargo, también existen resoluciones judiciales, como la SAP de Tarragona de 27 de octubre de 2010 que entiende que en el caso concreto la alternancia en el uso de la vivienda por los progenitores, lo que permitiría que los hijos siempre permaneciesen en la vivienda familiar, es el más idóneo:

> «Nos encontramos ante dos niñas de cuatro y ocho años, que han venido desenvolviendo sus actividades cotidianas (colegio, juegos en el parque, actividades sociales, etc.) en el ámbito cercano al domicilio familiar sito en Tarragona, encontrándose fuera de Tarragona tanto el domicilio que ahora usa el padre (La Mora), como el piso que posee la madre (Salou), lo que motivaría, en caso de no decidirse la alternancia en el uso de la vivienda familiar por parte de ambos progenitores, una distorsión sustancial en la rutina cotidiana de las menores, circunstancia esta nada aconsejable dado que la temprana edad de las mismas aconseja el mantenimiento de rutinas estables. Además, en este caso, a diferencia del enjuiciado por el TSJC, los progenitores presentan ingresos salariales medios en la actualidad y poseen ambos acceso a otra vivienda, lo que facilita el desarrollo de este uso alterno de la vivienda y determina que no exista un especial interés necesitado de protección en el uso de dicha vivienda para ninguno de los dos, lo que permite atribuir un uso compartido».

1.d) Conclusiones finales

En resumen, vistas las complicaciones que pueden surgir, si bien desde el punto de vista teórico podría admitirse como el mejor sistema pensando en el interés de los hijos, la realidad es que tiene difícil encaje en la vida real.

2. NO SE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA A NINGUNO DE LOS PROGENITORES

Procederá esta decisión cuando ambos progenitores tengan disponibilidad de una vivienda para cubrir sus necesidades de alojamiento personal y de los hijos en los períodos que se determinen según el modelo de custodia compartida adoptado. Es decir, estaríamos

ante un supuesto en el que, como señala el artículo 96 CC no existe un interés digno de protección al tener ambos progenitores disponibilidad económica y/o patrimonial para atender sus necesidades de alojamiento.

En el caso analizado por la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010, se estimó el recurso de casación y no se atribuyó a los hijos y a la esposa el uso de la vivienda familiar, propiedad del esposo, porque aquélla disponía de una vivienda:

> «En el presente supuesto, habida cuenta que la vivienda que constituyó la sede del domicilio conyugal es propiedad exclusiva del padre y que la madre posee un domicilio adecuado, en el que viene cumpliendo satisfactoriamente el régimen de visitas hasta ahora establecido, no procede lo solicitado en este motivo, teniendo en cuenta además que este extremo ha sido ya considerado a los efectos de fijar el *quantum* de la pensión de alimentos que a partir de ahora deberá abonar el padre a la madre».

Esta sentencia está en sintonía con la dictada por el Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 según la cual: «Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios (la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja) procede dar por extinguido el derecho de uso. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la madre sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC».

3. ATRIBUCIÓN DE USO EN FAVOR DE UN SOLO PROGENITOR

Es importante precisar que el hecho de que se acuerde la custodia compartida no impide que pueda atribuirse el uso de la vivienda familiar a un progenitor.

Puede suceder, y de hecho nos encontramos con bastantes casos en la práctica en los que existe un gran desequilibrio económico entre los progenitores, y con independencia de que ello constituya base suficiente para que se fije una pensión compensatoria, también puede aconsejar que se le atribuya el uso de la vivienda familiar. La SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 27 de enero de 2010, indica que:

> «En los casos de que la guarda de los hijos se distribuya entre los cónyuges (como acontece en el enjuiciado) permite resolver a la autoridad judicial; esto es, faculta a los Tribunales de Justicia para que adopten la solución más justa y equitativa respecto de la atribución del uso del que en su día constituyó el domicilio familiar —en función, indiscutiblemente, de la situación real que resulte de la ruptura matrimonial—, en este caso, dada la situación de extrema necesidad de la madre, no puede ser otra que atribuirle a ella el uso del que fue el domicilio familiar, sin límite temporal alguno; todo ello, sin perjuicio, de que si se produjera un cambio en las circunstancias, pueda el otro progenitor a través del procedimiento correspondiente, interesar el cese de tal atribución».

En el mismo sentido se pronunció la SAP de Córdoba de 5 de julio de 2010 en un supuesto en el que el padre tenía mayor disponibilidad económica lo que le permitió alquilar

un inmueble de similares características a la vivienda familiar y además en el mismo entorno, consiguiéndose con la atribución del uso a la madre que los hijos tuviesen similares condiciones de habitabilidad a cuando estaban con la madre y con el padre:

> «Si los niños permanecen siempre bajo el mismo techo, se elimina un factor de desestabilización; pero ello debe analizarse en cada caso, y esencialmente si las dos viviendas en las que tendrían que vivir caso contrario no reúnen las mismas condiciones de habitabilidad o comodidad, o les obliga a tener que variar su entorno escolar o social.
>
> Pero ello no ocurre así en el caso de autos, pues el padre, debido a su situación económica, ha podido alquilar una vivienda para sí de características similares a la que constituyó el domicilio familiar y en la misma zona, y los traslados de los menores se han acompasado de maravilla en relación al régimen de visitas a favor en cada momento del progenitor no custodio, provocándoles el mínimo trastorno posible en esas circunstancias.
>
> Es decir, el principio *pro filii* no se atenta con la solución adoptada, porque los niños siempre residen en una casa con suficientes y similares condiciones de habitabilidad y en el mismo entorno local, y esos cambios de domicilio forzosamente tendrían que hacerse con el régimen de visitas implantado. Y por eso, la cuestión se centra en el interés más necesitado de protección en cuanto a los dos progenitores (artículo 96.3 CC, por analogía).
>
> Y en este sentido, ni siquiera se discute la diferente capacidad económica de los litigantes, pudiendo el recurrente disponer de otra vivienda y careciendo la apelada de cualquier posibilidad de conseguir adquirir otra, por su carencia absoluta de ingresos. Es más, resulta absolutamente carente de lógica por antieconómico que, acordando lo que se insta en el recurso, tuviesen cada uno de los cónyuges que alquilar una vivienda con el pago de una renta mensual, para disponer de ella sólo la mitad del tiempo.
>
> En conclusión, en cualquiera de las dos alternativas tendrían residencia digna los niños y el padre; pero la madre sólo podría disfrutar de ello si mantiene el uso de la vivienda familiar, de ahí la solución adoptada, y ello sólo hasta que se produzca la liquidación del patrimonio ganancial, momento en que tendrá disponibilidad para acceder a una vivienda propia. El motivo del recurso debe rechazarse».

Esta atribución de uso puede efectuarse sin limitación temporal o fijando un determinado número de años, lo que estará en función de las circunstancias que concurran en el progenitor que acredita un interés más digno de protección.

La SAP de Gerona, Sec. 1.ª, de 30 de septiembre de 2010 entendió que en el caso analizado era procedente la limitación temporal a dos años:

> «En el presente supuesto, habida cuenta que la vivienda que constituyó la sede del domicilio conyugal, que el padre ya dispone de otra vivienda en el que viene cumpliendo satisfactoriamente el régimen de visitas hasta ahora establecido, no procede lo solicitado en este motivo, dado que en interés de los menores se estima adecuado que cuando permanezcan con la madre puedan continuar residiendo en el mismo entorno familiar, máxime cuando éste reúne unas determinadas características, y sin que en este procedimiento se estime adecuado fijar limitación alguna, y ante las dificultades para su fijación, atendiendo fundamentalmente a que en ello va incluido el interés de los menores a los efectos de salvaguardar que los mismos mientras estén en compañía de la madre dispongan de una vivienda

> adecuada a las circunstancias familiares, se estima conveniente aplicar el criterio que viene a recoger la Ley 25/2010, de 29 de julio, que modifica el Libro segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y familia, a pesar que no ha entrado en vigor, ya que dicha normativa ya prevé el supuesto de guarda y custodia compartida a los efectos de atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal. Dicha normativa, en concreto en 233-20.3.a), que prevé la atribución de la misma al cónyuge más necesitado, que en este caso sería la madre, ya que el padre dispone de otra vivienda, si bien también establece que en estos casos se fijara una limitación temporal, en su apartado 5) susceptible de prórroga, también temporal, sí se mantiene, si se mantienen las circunstancias que la motivaron, y que en todo caso dicha solicitud de prórroga deberá realizarse por los trámites de la modificación de medidas definitivas. Estimando ajustado, en el caso de autos, en atención a la edad de los menores y el plazo previsible en que la madre pueda mejorar su situación económica en dos años, prorrogable en los términos anteriormente referidos».

La SAP de Baleares, Sec. 4.ª, de 14 de julio de 2009, limitó el uso de la atribución a cinco años aunque las dos hijas seguirán siendo menores de edad cuando finalice dicho período. El razonamiento jurídico fue el siguiente:

> «Al asignarse la guarda y custodia compartida, no estamos ya en presencia del supuesto tipo del artículo 96 del Código Civil, por cuanto que, como quiera que la guarda y custodia se desdobla, no hay un solo "cónyuge en cuya compañía queden" los menores, como refiere el citado artículo en orden a conceder la vivienda al cónyuge custodio, por cuanto que en este caso ambos lo son. Por lo tanto, y en el bien entendido de que la asignación de la vivienda a uno solo de los cónyuges, cuando hay hijos comunes, lo es en consideración a su condición de cónyuge custodio, y en la medida en que, tras la guarda y custodia compartida ambos cónyuges pasan a ser "custodios", no se justifica la asignación de la vivienda a uno de ellos exclusivamente por tal condición, por lo que es acorde a derecho la petición del Ministerio Fiscal, relativa a la finalización de la atribución del uso y disfrute de la vivienda a favor de quien fuera antes el custodio exclusivo, la madre, al haber dejado de serlo para pasar a ser cónyuge custodio junto con el padre. En consecuencia, con mayor razón será sostenible, en favor de la madre —como ha pretendido el actor—, el pronunciamiento judicial concedido por el Magistrado-Juez de instancia en concordancia con lo pedido por aquél, de mantener a la madre en el uso y disfrute de la vivienda conyugal durante el amplio plazo de cinco años. De modo que, no puede prosperar el recurso en dicho punto al considerar que tal asignación es ya, por sí misma, generosa en favor de la madre, al haber sido posible incluso, como pretendía el Ministerio Fiscal, un mayor recorte en dicho derecho».

CASOS PRÁCTICOS

I. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo figura como titular de una tarjeta de transportes expedida, constante la sociedad de gananciales, exclusivamente a su nombre por la Administración. Disuelta la sociedad de gananciales, ¿puede incluirse en el activo dicha autorización administrativa?

Sí. La tarjeta de transporte tiene naturaleza ganancial y no privativa, pues son transmisibles con la debida autorización administrativa y por ello supone un activo patrimonial que no puede excluirse del inventario de la sociedad de gananciales.

II. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex esposa, fue ocupada posteriormente por el ex esposo y aquélla solicita su lanzamiento. A esta petición se opone el ex esposo alegando que la ejecutante ha adquirido un inmueble con su actual pareja y que no tiene necesidad de habitarla, habiéndole permitido ocupar la vivienda familiar. ¿Puede mantenerse al ex esposo en el uso de la vivienda?

No. El cauce procedimental adecuado para la alteración de las medidas definitivas de los procesos matrimoniales, es el contenido en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si bien ante casos evidente de abuso de derecho algunos tribunales han considerado a efectos de ejecución la causa modificativa, sólo ha sido ante supuestos en los que el cambio obedecía a causas objetivas (por ejemplo, nuevo matrimonio del cónyuge que percibía la pensión compensatoria), entre las cuales no se encuentra la presente.

III. CUESTIONES PROCESALES

La custodia de la menor se atribuyó a la madre, residiendo ambas habitualmente en Méjico. Antes de finalizar el período de visitas y estancias con el padre en España, éste ha presentado una solicitud de medidas cautelares *in audita parte* en la que solicita el cambio de custodia alegando que el interés de la menor es continuar en nuestro país. ¿Puede admitirse esta petición?

Si bien es verdad que las medidas cautelares genéricas, de una manera excepcional, pueden ser acordadas *in audita parte* —como se pretende por el padre— si concurren razones acreditadas de urgencia (artículo 733.2 de la LEC), sin embargo, esta posibilidad excepcional no existe en el ámbito propio de los procesos especiales de derecho de familia, en los que la regla general —la contenida en los artículos 770.6.º y 771 LEC— hace que, sin excepción alguna, en esta materia cualquier medida cautelar debe ser adoptada con la audiencia de la contraparte, e, incluso, la de los hijos menores que tuvieren más de 12 años de edad, como es precisamente el caso que nos ocupa.

IV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En el momento de efectuar el inventario de la sociedad de gananciales surge la

controversia en relación a si procede o no incluir en el pasivo el saldo deudor de las tarjetas de crédito, pues alega uno de los cónyuges que, ya en el período de crisis de pareja, se hicieron disposiciones de ésta para atender a gastos exclusivos del otro cónyuge. ¿Qué criterio habrá que seguir para acordar o no su inclusión?

Teniendo en cuenta que, conforme indica el artículo 1362 CC, son de cargo de la sociedad de gananciales los gastos generados por el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, lo determinante será analizar el extracto de la cuenta de la tarjeta de crédito para comprobar las disposiciones anteriores a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, y dentro de ellas el concepto que generó el cargo. Si fue para atender algunos de los conceptos anteriores de los miembros de la familia será procedente su inclusión.

V. GUARDA Y CUSTODIA

¿Puede constituirse en un obstáculo para la atribución de la custodia compartida que existan dos hermanos de distinto padre?

En principio entendemos que no, dado que el inconveniente que puede acarrear esta situación es que la custodia compartida conllevará que durante determinados períodos de tiempo los hermanos de doble vínculo no puedan convivir juntos, pero lo que dispone el artículo 92 CC en relación con la separación de hermanos es simplemente una recomendación.

VI. CUESTIONES PROCESALES

¿Sería admisible una demanda de fijación de medidas paterno-filiales cuando existe matrimonio entre los padres y no se solicita la separación o el divorcio?

Sí. Los artículos 748.4 y 769.3 LEC, al referirse a los procesos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores o sobre los alimentos a favor de éstos, no establecen *expressis verbis* que tal posibilidad se refiera exclusivamente a los hijos comunes extramatrimoniales. El tenor literal de la Ley no permite realizar esta distinción, y sabido es que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (donde la Ley no distingue, no debe distinguirse) (SSTS 21 de marzo de 1882, 12 de enero de 1884, 11 marzo de 1885 y 12 de julio de 1905), dado que las excepciones no pueden inducirse del silencio de la ley, pues sabido es que *ubi lex voluit dixit* (cuando la Ley quiere, lo dice).

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La sentencia de divorcio (que ha adquirido firmeza) se ha dictado a mediados de mes y en uno de sus pronunciamientos se indica que el esposo, dentro de los cinco primeros días de cada mes abonará a la esposa la cantidad de 300 euros. Ésta presenta demanda de ejecución reclamando la pensión correspondiente al mismo mes en que se dictó la sentencia oponiéndose el esposo alegando que la pensión debe abonarla, tal y como indica la sentencia, dentro de los cinco primeros días del mes siguiente. ¿Quién lleva razón?

Habiendo alcanzado firmeza la sentencia, y siendo ejecutivas las medidas, como la pensión compensatoria no tiene efectos retroactivos, el esposo sólo estará obligado a pagar la parte proporcional de la pensión en función de la fecha en que se dictó la sentencia.

VIII. CUESTIONES PROCESALES

El Juzgado de Violencia contra la Mujer tramitó el procedimiento de divorcio y, transcurridos más de tres años, el esposo

presenta una demanda de modificación de medidas para reducir la cuantía de la pensión compensatoria. ¿Seguirá siendo competente el Juzgado de Violencia para tramitar este procedimiento?

Si en el momento de la presentación de la demanda no existe causa abierta por Violencia de Género, entra en juego la competencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) que por turno corresponda, ya que el procedimiento de modificación de medidas es autónomo del anterior procedimiento de divorcio.

IX. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Una señora adquiere en estado de soltera una vivienda que abona en gran parte antes de contraer matrimonio, aunque parte del precio se pagó constante el matrimonio mediante el pago de un préstamo hipotecario. Al iniciarse la convivencia, se canceló el préstamo hipotecario y se solicitó uno nuevo con el que se financió la que sería vivienda familiar. ¿Qué carácter tiene la primera vivienda?

Ya que no llegó a constituir en ningún momento el domicilio familiar, el inmueble tendrá carácter privativo en su totalidad pues no es de aplicación al caso lo establecido en el artículo 1354 CC y sí lo dispuesto en el artículo 1357 del mismo cuerpo legal.

X. CUESTIONES PROCESALES

La esposa ha presentado una demanda de divorcio solicitando una pensión compensatoria y por medio de otrosí ha instado la adopción de medidas cautelares solicitando el embargo preventivo de los bienes del esposo para asegurar el pago de la pensión, a lo cual se opone el esposo. ¿Puede adoptarse esta medida cautelar?

El criterio que mantienen los juzgados y tribunales ante esta petición es que realmente lo que pretende la esposa es anticipar el contenido de una decisión favorable y procurarse un importante medio de presión procesal sobre la parte demandada y, por ello, suele desestimarse la petición.

XI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Existen ocasiones en las que por haberse producido un cambio de circunstancias las medidas que se acordaron en la sentencia de separación o divorcio ya no se ajustan a la realidad. Sin embargo, vemos con frecuencia cómo se insta la ejecución y el ejecutado se encuentra con el obstáculo de que la LEC regula de forma tasada las causas de oposición. ¿Puede tener efecto en el procedimiento de ejecución el cambio de circunstancias?

El criterio mayoritario en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es que a los fines de la viabilidad de la correspondiente acción ejecutiva constituye requisito indispensable que se mantengan los condicionantes del momento en que se acordaron las medidas, pues en otro caso, y de aplicarse automáticamente el pronunciamiento de la sentencia se desbordarían los límites propios del título que debe servir de base a la ejecución, pero para tener en cuenta el cambio de circunstancias se exige que sea evidente y palmario, no necesitado de un despliegue probatorio impropio de este proceso especial y sumario, y no de *plena cognitio*.

XII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo pretende que se excluya del inventario un inmueble que, según manifiesta, fue adquirido constante el matrimonio con dinero privativo. En la sentencia del juicio verbal se desestimó su pretensión

considerándose que aquél tenía carácter ganancial y en vía del recurso pretende que se incluya en el pasivo un crédito a su favor por el valor actualizado del dinero privativo que aportó para la compra. ¿Qué problemas presenta esta petición?

El hecho de que esta petición se haga por primera vez con ocasión de interponerse el recurso de apelación implica que la inclusión de esta partida de pasivo no ha sido objeto de controversia entre las partes, pues ni se mencionó tal cuestión en la diligencia de inventario, ni en el juicio verbal que le siguió. Ello puede provocar que, por intempestiva, dicha petición sea desestimada por la Audiencia Provincial. Para evitar estas situaciones siempre es recomendable que cuando se pida la exclusión de un bien del inventario por este motivo, se formule una petición subsidiaria de incluir una partida de pasivo por el valor actualizado del dinero privativo que se aportó para la compra del inmueble.

XIII. CUESTIONES PROCESALES

Hace un tiempo se dictó sentencia de separación por un Juzgado de Instrucción que en ese momento tenía competencia en materia de violencia de género pero no en la actualidad debido a la creación de un juzgado especializado en violencia sobre la mujer. Se va a presentar una demanda de modificación de medidas. ¿Qué Juzgado será competente?

Al carecer en la actualidad el Juzgado de Instrucción de competencias civiles en materia de violencia de género, el conocimiento del asunto debe corresponde al Juzgado de Familia que por turno corresponda.

XIV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En un convenio regulador de una pareja de hecho, se fijó a cargo del varón el pago de una pensión alimenticia para el hijo no común de su compañera sentimental, además de fijarse la pensión para otro hijo fruto de la relación sentimental habida entre ambos. Aprobado el convenio regulador por sentencia y producido el impago de las pensiones, el ex conviviente cuestiona su obligación de pago de la pensión alimenticia para el menor que no es hijo suyo. ¿Puede prosperar esta causa de oposición?

No. Estamos ante un supuesto de obligación alimenticia por pacto entre dos personas con independencia de que no existe una correlación biológica entre el alimentante y el alimentista prevista en el artículo 153 CC.

XV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo era titular antes de celebrarse el matrimonio de unas particiones sociales de una empresa, siendo, por tanto, gananciales los rendimientos producidos durante la convivencia. Sin embargo, la esposa se encuentra con el problema de que formalmente nunca han repartido beneficios. ¿Qué puede hacer la esposa en el momento de la liquidación de la sociedad?

Deberá solicitar en la diligencia de formación de inventario que se incluya en el activo el incremento del valor de las participaciones sociales privativas del esposo, desde la fecha del matrimonio hasta el tiempo de disolución de la sociedad legal de gananciales, cuya apreciación se hará por el valor real, no nominal ni contable, con independencia de que las reservas consten como tales, de que se hayan invertido en amortizables o de que se encuentren contabilizadas o no. Además, desde la fecha de la disolución el importe será actualizado conforme al IPC.

XVI. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Estando domiciliado en la cuenta bancaria del esposo el pago de los gastos de comunidad, pero teniendo atribuido el uso de la vivienda familiar la esposa, aquél interpone una demanda de ejecución reclamándole el pago de las cuotas comunitarias abonadas desde que se dictó la sentencia de separación. ¿Puede prosperar su reclamación?

El éxito de su pretensión se encuentra en que bien en el convenio regulador o, en su caso, en la sentencia se haya contemplado que el pago de las cuotas de Comunidad de Propietarios es de cargo del cónyuge que utiliza la vivienda, ya que si ello no se ha previsto, el título ejecutivo carece del contenido necesario para servir de base a la demanda de ejecución.

XVII. PENSIÓN COMPENSATORIA

Si se solicita en la demanda la extinción de la pensión compensatoria por cambio sustancial de circunstancias económicas en el ex esposo (la empresa cerró, carece de trabajo y se le ha reconocido una incapacidad permanente absoluta por enfermedad común), ¿existe incongruencia en la sentencia que acuerda la reducción de la pensión?

No. Porque el criterio entre los juzgados y tribunales es que quien pide lo más, también pide lo menos, por lo que si no concurren motivos para la extinción de la pensión, en la sentencia puede acordarse la reducción de su cuantía sin incurrir en incongruencia.

XVIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

El artículo 578 LEC permite la ampliación de la ejecución al vencimiento de nuevos plazos pero, ¿qué sucede si esa ampliación no se solicita en la demanda de ejecución y la petición se hace cuando ya se ha iniciado la ejecución y se han dejado de pagar nuevas pensiones alimenticias?

El apartado segundo del citado artículo es meridianamente claro cuando indica que «La ampliación de la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva», entendiendo la mayoría de juzgados y tribunales que después de presentada la demanda de ejecución ya no puede solicitarse la ampliación de aquélla, por lo que los nuevos impagos deben servir de base a una nueva demanda de ejecución.

XXIV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Teniendo atribuido el uso de la vivienda familiar la esposa, varios años después de dictarse la sentencia de divorcio, procedió a cambiar todas las ventanas del inmueble por otras de PVC. En el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pretende que se incluya en el pasivo una deuda de la sociedad frente a ella por el valor actualizado de lo que costó la instalación de las ventanas. ¿Puede ser ello factible jurídicamente cuando el esposo se opone por no haber tenido conocimiento de estas obras ni haberlas consentido?

El criterio mayoritario en la jurisprudencia es que para incluir en el pasivo este tipo de obras habrá que acreditar que resultaban imprescindibles para su mantenimiento y conservación y que fueron de urgente necesidad. En el caso planteado, no se ha acreditado la necesidad ni la urgencia, y, por otro lado, tampoco consta que el esposo diese su consentimiento, por lo que dicha partida deberá excluirse del inventario del pasivo.

XX. CUESTIONES PROCESALES

La esposa abandonó el domicilio conyugal junto con el hijo y se trasladó a la ciudad donde residen sus padres interponiendo ante el Juzgado existente en dicha ciudad una petición de medidas provisionales previas que, tras la oportuna tramitación, dieron lugar al dictado de un auto que acordaba la separación provisional y las medidas relativas al menor. Antes de transcurrir treinta días desde el dictado del auto, interpuso ante el mismo Juzgado demanda de divorcio. Al recibir el emplazamiento el esposo interpuso una declinatoria por entender que el Juzgado que dictó el auto de medidas previas carecía de competencia territorial para conocer del procedimiento de divorcio. ¿Lleva razón el esposo?

Efectivamente, la competencia territorial prevista en el artículo 771.1 LEC que se refiere a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, es una facultad del cónyuge que las interesa para que pueda solicitarlas ante el Tribunal de su domicilio. Pero tal facultad no impide ni deroga la competencia establecida con carácter general para los procesos matrimoniales y que viene referida al lugar del último domicilio del matrimonio.

XXI. PENSIÓN COMPENSATORIA

Un año antes del divorcio los cónyuges suscribieron un convenio regulador en el que ambos manifestaron que no existía desequilibrio alguno entre ellos y, por tanto, no procedía fijación de pensión compensatoria. Dicho convenio no fue posteriormente ratificado y en el procedimiento contencioso de divorcio la esposa solicita la fijación de una pensión compensatoria. ¿Vincula el convenio regulador a los cónyuges?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es dar plena validez y eficacia a dicho convenio aunque no esté ratificado judicialmente, si bien, siempre es preciso tener en cuenta si tras la suscripción del convenio continuó o no la convivencia entre los cónyuges, pues existen casos en los que una convivencia prolongada puede llegar a neutralizar aquel convenio.

XXII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo pretende que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales el importe pendiente de amortizar de un préstamo personal que concertó unos meses antes de contraerse el matrimonio, alegando que su destino fue atender las necesidades que generaría la futura convivencia. ¿Puede aceptarse su inclusión?

La decisión está en función del resultado de la prueba, ya que si efectivamente el importe obtenido con el préstamo sirvió para atender gastos que, tras el matrimonio, tendrían la consideración de comunes, será procedente su inclusión en el pasivo de conformidad con los artículos 1364 y 1398 CC.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

MENORES DE EDAD Y DERECHO A SU IMAGEN: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 29 DE JUNIO DE 2009

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

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.
II. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La personalidad es como la doctrina, de forma unánime sostiene la cualidad de ser persona al paso que la capacidad jurídica es la traducción jurídica de la personalidad. Pero la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones. En este sentido, cabe afirmar que, personalidad y capacidad jurídica no son términos equivalentes en la medida en que la capacidad jurídica se desenvuelve en el ámbito del derecho subjetivo, mientras que la personalidad es un valor ético previo y más general, positivado en el artículo 10 de nuestra Constitución y que está presente allí donde no es útil la categoría de la capacidad jurídica, bien porque no es suficiente —como ocurre en los menores de edad—, o bien porque no existe, como sucede en el supuesto del *nasciturus* o de la persona fallecida. De este modo, se van generando nuevas categorías jurídicas y nace la tesis del interés legítimo, al servicio de la tutela de la personalidad como valor.

Una vez establecidas estas ideas previas, a propósito de los derechos de la personalidad de los menores de edad, y partiendo de la tesis de la personalidad y la dignidad entendidas como valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, voy a analizar una interesante Sentencia, que fue dictada por nuestro Tribunal Constitucional y que, fundamentalmente, está referida al derecho a la imagen de una menor de edad.

Cabe, en primer lugar, más que definir, describir el derecho a la propia imagen como la posibilidad de controlar la representación que de la imagen, la voz o el nombre, se haga por medios técnicos de reproducción y, de otra parte, también cabe describirlo como la facultad de decisión sobre la propia apariencia física.

Lógicamente, la doctrina española ha puesto de manifiesto que, para que la reproducción de la imagen, por medios técnicos, sea ilegítima, es preciso que la persona sea recognoscible[1], o sea, que, empleando una diligencia normal, una tercera persona sea capaz de distinguir, o identificar, la imagen de la persona, incluso aunque no aparezca la figura humana, pero se presente algún elemento que la haga identificable. La voz, como ya ha quedado reseñado anteriormente, también se protege en cuanto que es un elemento identificador de la persona, lo que conduce a considerar que el derecho a la imagen protege la identidad de la persona, tal como destacó, con pleno acierto, Eulalia AMAT I LLARI[2].

Por lo que respecta a nuestra doctrina jurisprudencial, me interesa destacar que nuestro Tribunal Constitucional, en un Auto de 25 de octubre de 1993, declaró que «el derecho a la imagen protege la imagen física, la captación o reproducción de sus rasgos o características externas de forma indebida o sin su consentimiento». Es decir, se protege el derecho a la imagen o apariencia física y, además, su captación o reproducción.

Hechas estas consideraciones previas, voy a detenerme ahora en el contenido de la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional y que va a ser objeto de comentario y análisis.

Los Hechos se recondujeron a los siguientes: la demandante de amparo es la sociedad editora del diario «La Opinión de Murcia», que publicó un reportaje divulgativo sobre las actividades de la Asociación de Padres de Niños con Deficiencias Auditivas (APANDA), encabezada con el titular «Discapacitados» e ilustrado con una fotografía en la que se observaba a una profesora del Centro de APANDA trabajando con dos niños. La profesora estaba de espaldas al objetivo y los niños de frente en primer plano, con el pie de foto siguiente: «Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida».

Los padres de uno de los niños fotografiados solicitaron al diario una rectificación, en el sentido de que los menores de la fotografía no eran discapacitados, rectificación a la que el diario accedió, publicándola días más tarde, pero sin el tamaño e importancia del reportaje. Posteriormente los progenitores de uno de los niños formularon demanda contra «La Opinión de Murcia, SA», por la vía de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, reclamando una indemnización por daño moral, con fundamento en la vulneración del derecho a la propia imagen, *ex* artículo 18.1 de la Constitución, toda vez que la fotografía del niño había sido publicada sin el consentimiento de sus progenitores y, además, había sido tomada en una clase de logopedia, es decir, en un contexto totalmente ajeno al contenido del reportaje publicado, ya que el menor no padecía ninguna discapacidad física ni psíquica. Los demandantes alegaron su derecho a que la imagen de su hijo menor no fuese utilizada sin su consentimiento como modelo o reclamo para un reportaje sobre discapacitados, así como el perjuicio moral sufrido por el niño al aparecer como discapacitado en su entorno escolar y social.

---

(1) ROVIRA SUEIRO, M.E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito,* Granada, 1999; IGARTÚA ARREGUI, F., «El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en *El Mercado de las ideas,* Madrid, 1990; ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen,* Madrid, 1987.

(2) AMAT Y LLARI, E., «El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2001», en *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, año 2003.

El diario «La Opinión de Murcia» alegó que se trataba de un reportaje social y solidario, destinado a llamar la atención sobre las necesidades de los discapacitados y a concienciar a la sociedad sobre el problema, indicando, asimismo, que la fotografía había sido tomada en un centro de Apanda, con el consentimiento de los responsables de dicho centro, y que el diario había rectificado inmediatamente la información en cuanto tuvo conocimiento de que los menores de la fotografía no eran discapacitados.

La demanda de los progenitores del menor fue parcialmente estimada en primera instancia, apreciando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y condenando al diario a abonar a los demandantes una indemnización.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia declaró, efectivamente, que la publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales, previa información al Ministerio Fiscal. Seguidamente, ponderó el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, en relación con los menores, cuyo interés prevalente ha de protegerse. La Sentencia razonó en el sentido de que la fotografía, de gran tamaño, que ilustraba el reportaje, identificaba al menor como discapacitado y, por ello, integrante de un grupo social que presenta connotaciones negativas, por lo que la publicación de dicha fotografía, que afecta tanto a la consideración social del menor, de un lado, y, del otro, tomada y publicada sin el consentimiento de sus progenitores, suponía una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, siendo, a estos efectos, irrelevante que la entidad titular del centro APANDA, en el que fue tomada la fotografía, prestara su autorización para ello y sin que pudiera justificarse la publicación de tal fotografía por el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados, con el que, a juicio del diario, lo que se pretendía era concitar la solidaridad y comprensión de los problemas que afectan a estas personas, ya que ello no justificaba, en ningún caso, la inclusión de una fotografía de un menor sin el consentimiento de sus legales representantes —progenitores—, siendo, además, innecesaria la publicación de dicha fotografía para introducir el tema planteado en el reportaje.

Contra esta Sentencia, el diario «La Opinión de Murcia» interpuso recurso de apelación, siendo desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó íntegramente la apelada.

Interpuesto recurso de casación por el citado diario, por infracción del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y del artículo 20.1 de la Constitución —regulador de los derechos a las libertades de expresión e información—, el Tribunal Supremo dictó Sentencia declarando no haber lugar a dicho recurso.

Interesa analizar los razonamientos efectuados por el Tribunal Supremo en relación con la cuestión objeto del proceso: la imagen de un menor —de cualquier menor de edad— ha de ser objeto de una protección especial, más acusada diría yo, que la de las personas plenamente capaces. En el caso de autos, evidentemente concurrían los requisitos exigibles para apreciar que el derecho a la propia imagen del hijo menor de los demandantes había sido lesionado por la publicación de la fotografía controvertida, una fotografía que era de gran tamaño, ya que ocupaba, prácticamente, la mitad de la hoja del periódico, y que había sido obtenida en el centro de APANDA, mostrando al menor en primer plano sentado junto a otro menor y a una profesora que aparecía de espaldas, encabezando un artículo titulado «Discapacitados». Se produjo, con toda evidencia, una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del menor, si bien esta intromisión hay que considerarla en su aspecto negativo,

o facultad de exclusión, ya que la fotografía fue publicada sin que mediara ninguna causa que la excluyera de la protección que el artículo 18.1 de la Constitución brinda, así como la propia Ley Orgánica de 1982, y ello porque no existió consentimiento. Efectivamente, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica citada dispone que el consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Con esta regulación no se hace sino dar concreción, y efectividad práctica, a lo dispuesto por el propio artículo 162 de nuestro Código Civil, que, con carácter general, exceptúan a los progenitores de la representación de sus hijos menores de edad —no emancipados— de los actos relativos a derechos de la personalidad. En este sentido, no hay que olvidar que el derecho a la imagen se enmarca claramente en el ámbito de estos derechos de la personalidad y, por tanto, queda exceptuado, según el tenor del precepto civil mencionado, siempre que el menor tenga madurez suficiente para realizar esos actos por sí mismo, es decir, sin la asistencia, o representación, de sus progenitores.

La referencia a las condiciones de madurez difícilmente se compatibiliza con el establecimiento doctrinal de una edad fija de aplicación rígida. No obstante, el problema se mantiene en relación con aquellos menores que no tienen todavía capacidad natural suficiente, pues éstos son titulares de los derechos de la personalidad —léase, derecho a la imagen, por lo que al tema tratado respecta—, pero no pueden ejercerlos al carecer de autogobierno.

Debe entenderse que los menores de doce años —en adelante— deberán consentir la intromisión en su derecho a la imagen, y, por debajo de esa edad —menores de doce años—, habrá que estar a la efectiva existencia de madurez suficiente, teniendo en consideración la relevancia del acto para el que se preste el consentimiento, ya que no es igual, no tiene la misma trascendencia, aparecer en un reportaje, por ejemplo —como sucede en el caso de autos—, que en una revista del «corazón» o en una película cinematográfica. Por debajo de los siete años, GETE-ALONSO Y CALERA estimaba, con toda razón, que no existe madurez suficiente para consentir ningún tipo de acto[3].

Hay que resaltar que la finalidad e intención del reportaje en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía, siendo intrascendente la intención del autor a este respecto, o la función que el reportaje perseguía, porque lo que es verdaderamente trascendental, a efectos de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del menor afectado, es, precisamente, la publicación, no consentida, de la fotografía del menor, sin que le alcance, o tenga causa de justificación, el interés social del reportaje que ilustra.

Asimismo, es interesante destacar que la fotografía del menor no era accesoria, ya que ocupaba media página, resaltando incluso más que el artículo escrito —texto del artículo—. A los menores se les podía contemplar ocupando el centro de la fotografía, y la profesora estaba de espaldas. Por fin, un factor más a tener en cuenta es que, al tratarse de la representación gráfica de un menor de edad, la consideración —el umbral— de la accesoriedad es mucho más restringida, por la especial protección que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, le brinda a éste. Y, por lo que respecta al ejercicio de la libertad de información, que impide que se aprecie atentado al honor si

(3) GETE-ALONSO I CALERA, M.ªC., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona,* Madrid, 1985.

lo que se dice —la información— es veraz, ya que, en este supuesto, no habría honor que proteger, no afecta al derecho a la imagen —tampoco al derecho a la intimidad—, cuya veracidad es inmanente, salvo que quede manipulada la representación gráfica.

La sociedad mercantil demandante de amparo alegó que la Sentencia dictada en casación había vulnerado sus derechos a la libertad de expresión y de información consagrados en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución, por falta de ponderación de los derechos en conflicto, estimando que el reportaje periodístico en el que se publicó la fotografía controvertida cumplía todas las exigencias para el legítimo ejercicio del derecho a la libre información, al tratarse de una información veraz y con una finalidad de buena fe, ilustrada con imágenes del centro educativo, al objeto de reflejar su actividad en esos momentos y contando, para ello, con la autorización de los responsables del centro, siendo la fotografía publicada completamente accesoria o accidental, por lo que no era preciso el consentimiento expreso de los fotografiados ni de sus representantes legales, en su caso.

La sociedad mercantil interesaba que se le otorgara el amparo solicitado y que se reconocieran sus derechos a la libertad de expresión e información, derechos que consideraba que habían sido vulnerados por la Sentencia del Tribunal Supremo.

El objeto del recurso de amparo, desde mi punto de vista, se centraba en un erróneo, o inexacto, juicio de ponderación entre ambos derechos: de un lado, el derecho a la imagen de las menores, y, de otro, los derechos a las libertades de expresión e información. Ese juicio de ponderación ha de equilibrar —difícil, complejo, equilibrio— esos derechos que, en principio, se contraponen, o aparecen como contradictorios. En estos supuestos, cabe plantearse qué derecho es preferente, cuál ha de ser priorizado, cuál ha de prevalecer, lo que implica, desde luego, ponderar, caso por caso, supuesto a supuesto, los hechos que son objeto del debate, de la controversia.

En el presente supuesto, objeto de estudio, prevaleció el derecho a la imagen de las menores, que, según estimó el propio Tribunal Constitucional, al denegar el amparo solicitado a la sociedad mercantil, había sido vulnerado.

A mi juicio, debería darse una especial sensibilidad social ante este tipo de problemas en los que se halla inmerso un menor de edad. No es lo mismo hablar del derecho a la imagen de un adulto que hacerlo del derecho a la imagen de una menor. Esa mayor sensibilidad ante hechos en los que están inmersos, o se ven afectados menores de edad, es lo que debe guiar la resolución de los supuestos en conflicto. Efectivamente, son los progenitores quienes se encuentran en una mejor situación para determinar si el menor de edad tiene, o no, suficiente juicio, bastante madurez como para decidir sobre sus derechos fundamentales, tal como pusieron de relieve ROYO JARA y MARCHENA GÓMEZ(4), pudiendo, a este efecto, recabarse el dictamen pericial psicológico que corrobore la existencia de madurez en el menor, según CONDE-PUMPIDO FERREIRO(5). Si hubiere controversia entre el

(4) ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen,* obra citada en nota 1; MARCHENA GÓMEZ, M., «La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal», en *Revista general del derecho,* núm. 603, Valencia, 1994.

(5) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapaces a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen», en *Revista general del derecho,* núm. 475-476, Valencia, 1984.

menor y sus progenitores acerca de la existencia de madurez en aquél, obviamente, a tenor del artículo 163 del Código Civil, al producirse un conflicto de intereses entre los titulares de la patria potestad y el hijo menor, habría que nombrar un defensor que le represente en juicio y fuera de él.

En el supuesto de autos, lo que se planteaba ante el Tribunal Constitucional era, evidentemente, una queja respecto a la ponderación que la jurisdicción ordinaria había llevado a cabo entre el derecho fundamental a la propia imagen —artículo 18.1 de la Constitución—, y la libertad, también fundamental, de información —artículo 20.1.d) del citado Texto Constitucional—. Se trataba de resolver un conflicto entre estos derechos y libertades afectadas.

El derecho a la propia imagen se configura como un derecho fundamental, por su ubicación en el sistema de la Constitución, atribuyendo a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible y que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por una tercera persona no autorizada.

Lo que no se deduce, desde luego, del artículo 18.1 de la Constitución es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado, y sin reservas, de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto —porque ningún derecho lo es en el marco de nuestro Ordenamiento Jurídico—, y, por ello, su contenido se encuentra limitado, o delimitado, por el ámbito, o el ejercicio de otros derechos y libertades que también son objeto de protección y de reconocimiento constitucional.

El derecho a la imagen ha de ser protegido en el sentido de salvaguardar el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización, o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1994 declarara que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél».

Toda persona, incluso las famosas, los personajes públicos, como políticos, escritores, artistas, deportistas, tienen derecho a su propia imagen, es decir, a que la captación exterior de su persona no se reproduzca de tal manera que su ámbito personal —de reproducción física— pueda quedar perjudicado. ¡Cuánto más si se trata de menores de edad! Es decir, debe existir una facultad de control de la circulación de informaciones visuales sobre la propia persona. No obstante, el artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo —ya citada— estableció que no se produce intromisión ilegítima en casos de información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria. Como ha señalado Alejandra DE LAMA AYMÁ[6], pese a la

(6) DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad,* editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

dificultad de elaborar una doctrina general sobre este tema en el ámbito del menor de edad, debido al fuerte casuismo existente en esta sede, para que exista causa de justificación de la intromisión, el carácter accesorio de la imagen del menor debe ir acompañado de la garantía de que dicha imagen no es contraria al libre desarrollo de la personalidad del menor. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1992 consideró que la publicación de la imagen de un menor de edad sometiéndose a un tratamiento de diálisis en un Centro Hospitalario, en un libro destinado a profesores, implicaba una intromisión ilegítima en el derecho del menor, aunque no guardara relación directa con el contenido del libro, al ser su imagen la única que aparecía en la fotografía. La imagen no era accesoria y mostraba al menor en una situación que podía vulnerar, asimismo, su honor, por lo que ni la imagen era accesoria, ni se respetaba el interés del menor.

Llegados a este punto, es oportuno detenerse en los requisitos necesarios para que exista una intromisión en el derecho a la imagen de un menor, ya que no cualquier uso de su imagen va a suponer —o a implicar— necesariamente una vulneración o transgresión de su derecho a la imagen en cuanto derecho de la personalidad.

Es, por tanto, requisito imprescindible que la imagen del menor sea recognoscible para terceras personas. Es decir, en otras palabras, la imagen —vulnerada— ha de ser identificable. *A sensu contrario,* no sería ilegítimo —y, por ende, no existiría vulneración— el uso de la imagen del menor cuando se realizara de forma tal que no permitiera reconocerle, tal como declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 17 de junio de 1998, que estimó que el derecho a la imagen de unos menores que sufrieron un accidente de circulación no se vulneró por el hecho de publicar la escena del siniestro, ya que, en ella, no se mostraba el rostro de ninguna de las víctimas, sino que, meramente, se ofrecía una visión general de la situación que no permitía, desde luego, la identificación de ninguno de los menores afectados.

El artículo 4.3 de la citada Ley Orgánica de 1982 puede dar pie a interpretaciones erróneas, al deducir, de su lectura, que sólo cuando la imagen del menor que se utiliza menoscaba su honor, estaríamos ante una intromisión ilegítima en su imagen. No debe, sin embargo, llegarse a dicha conclusión, ya que el uso de la imagen es ilegítimo cuando menoscaba su honor, su intimidad o cualquier otro derecho, de forma que se vulnere el libre desarrollo de la personalidad del menor, todo ello en función, asimismo, de la dignidad de la persona, siguiendo parámetros constitucionales muy claros en función del contenido del artículo 10.1 del Texto Constitucional.

El artículo 7.5 de la Ley Orgánica, tantas veces mencionada, considera ilegítima la captación, reproducción o publicación por cualquier medio de la imagen de una persona en el ámbito de su intimidad, es decir, cuando, mediante esa captación, se muestra una situación que pertenece al ámbito privado, sujeto a la reserva, de una persona. Si se trata de un menor, obviamente hay que entender que estamos ante una intromisión, una injerencia si cabe aún más grave, ya que se trata de una persona que aún no ha alcanzado la plena madurez de juicio, que está por formar, y cuya personalidad aún se encuentra en ciernes.

El artículo 4.3 de la Ley Orgánica afirma que existe intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la imagen de un menor cuando se use su nombre o su imagen en los medios de comunicación, de forma que se menoscabe su honra o reputación o se perjudique su interés. Se trata de un menoscabo de los derechos fundamentales del menor, incardinados

en el libre desarrollo de la personalidad de éste. En todo caso, hay aquí una inversión de la carga de la prueba, porque el daño no se presume cuando se da determinada situación, sino que se deberá probar que ésta produce un daño porque es contraria al interés del menor.

La determinación de los límites entre el derecho a la imagen y la libertad de información debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen y, por ello, debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. Por tanto, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 11 de abril de 1994, declarara que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreas de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél».

En principio, el derecho a la propia imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es a quien corresponde decidir si permite, o no, la captación o difusión de su imagen por una tercera persona. No obstante, existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda, lo que ocurre en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. De ahí que, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento, o el interés público en la captación o difusión de su imagen, según la Sentencia de 23 de marzo de 2009 del Tribunal Constitucional.

El problema radica cuando se produce la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social. En estos supuestos, el Ordenamiento Jurídico establece una protección especial, en aras de la protección del interés superior del menor.

De conformidad con el artículo 20.4 de nuestra Constitución, las libertades de expresión e información tienen sus límites en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, en las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La problemática, en relación con la imagen de los menores de edad, se presenta en relación con el consentimiento. Efectivamente; no se aprecia intromisión ilegítima en el ámbito protegido constitucionalmente cuando el titular del derecho fundamental —en este supuesto, del derecho a la imagen— hubiere otorgado, a tal efecto, su consentimiento expreso, pero, al tratarse de menores de edad, son sus representantes legales, es decir, sus progenitores quienes han de prestarlo en su caso, o bien los propios menores si sus condiciones de madurez lo permiten.

A mayor abundamiento, el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que ha sido citada anteriormente, consideró intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación

que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales», según la dicción del artículo 4.3.

Como se observa claramente, se trata de una protección reforzada, ya que la Ley trata de impedir cualquier actuación que sea contraria a los intereses del menor de edad, o que pueda ocasionarle algún daño o perjuicio.

En el caso de autos, la parte recurrente estimaba que se había realizado una incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, lo que había conducido a otorgar una prevalencia al derecho a la propia imagen sobre la libertad de información, libertad que también se considera un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, alegando, para ello, que la información vertida en el Diario era veraz y con una finalidad de buena fe. Sin embargo, es obvio que, a pesar de la alegación, estos requisitos no son suficientes. Efectivamente, tanto el artículo 162.2 del Código Civil, como el artículo 155.2 del Código de Familia catalán, establecen que, cuando el menor tenga suficiente juicio, es decir, madurez suficiente, deberá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. Es decir, será éste quien preste su consentimiento a cualquier intromisión en su derecho a la imagen, «de acuerdo con la legislación civil». Cuando el menor tiene suficiente capacidad natural, sólo él estará legitimado para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad, de forma que sólo él puede consentir una injerencia en su derecho a la imagen. En este sentido, una Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2000, consideró que un menor de dieciséis años tenía suficiente madurez para consentir el uso de su imagen en un concurso de Televisión de cierto contenido picante, por lo que su progenitor no puede pretender que se ha utilizado la imagen del menor de forma injustificada, porque no existe consentimiento del representante legal.

Una cuestión importante es la relativa a la finalidad divulgativa y social del reportaje sobre la discapacitación, que fue alegado por la entidad recurrente, para sostener que la publicación de la fotografía controvertida no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor. En este punto, conviene reseñar que el Tribunal Supremo puso de relieve que esa finalidad divulgativa y social —nadie cuestiona que no lo sea— no afecta, en nada, a la ilegalidad de la publicación de la fotografía, siendo, por tanto, intrascendente la intención del autor o la función que el reportaje pueda perseguir, ya que lo se enjuicia es la publicación no consentida de la fotografía del menor, y este hecho, en sí mismo considerado, convierte en irrelevantes la corrección y el interés social del reportaje que ilustra gráficamente dicha fotografía.

Otra cuestión a considerar es también relevante en relación con el derecho a la imagen del menor: la imagen de éste no aparecía meramente como accesoria y, en consecuencia, no era aplicable la excepción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica de 1982 que establece que no se producirá intromisión ilegítima en aquellos casos de información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Evidentemente, en el supuesto que está siendo objeto de estudio, no puede decirse que la imagen del menor apareciera como accesoria, pues ocupaba media página e incluso resaltaba más que el propio artículo escrito, y a ello hay que añadir, asimismo, que se podía visualizar perfectamente el rostro del menor en el centro de la fotografía, estando

la profesora de espaldas. Además, tratándose de menores de edad, la problemática de la accesoriedad es mucho más restringida, porque la protección que otorga la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero —citada anteriormente— es más amplia para los menores.

Por otra parte, la invocación al concepto de información veraz —que, en este supuesto, no creo que sea objeto de discusión precisamente— no es procedente, ya que la veracidad se predica de la libertad de información, o del uso legítimo de esa libertad, impidiendo que, de este modo, se lleven a cabo atentados, o infracciones, contra el derecho al honor, siempre que lo expresado, o escrito, sea verdad, pero ello no afecta, de ninguna manera, al derecho a la imagen de la persona, ni tampoco al derecho a la intimidad.

En el supuesto objeto de estudio, es evidente que no existía un interés público en la captación o difusión de la fotografía, que pudiera considerarse, desde el punto de vista constitucional, prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes del menor en los medios de comunicación social, ni la veracidad de la información, obviamente, pueden conducir a estimar que la libertad de información estaría por encima, en un marco de derechos, del propio derecho a la imagen del menor, ya que, como declararon diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, como las de 24 de mayo de 1999 y 30 de junio de 2003, el derecho fundamental a la imagen del menor se erige, por imperativo del artículo 20.4 de la propia Constitución, en un límite infranqueable al ejercicio del derecho a la comunicación libre de información veraz.

En consecuencia, las alegaciones efectuadas por la entidad recurrente en amparo no tenían la suficiente solidez jurídica como para ser estimadas.

A la vista del estudio y análisis de esta interesante Sentencia dictada por nuestro Tribunal Constitucional, parece evidente que es constante la preocupación del legislador —preocupación justificada, a mi juicio— respecto de los perjuicios que se le pueden causar al menor de edad a través del ejercicio de las libertades de expresión e información. Esa preocupación se refleja en algunos textos legislativos, pudiendo citarse la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero —citada en diversas ocasiones— y que declara que «con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en 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, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidas a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contraria a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve».

Esta previsión parece que fue dictada a efectos de intentar paliar los abusos —reiterados— que los medios de comunicación social, en nuestro país, llevan a cabo en relación con los personajes llamados «del corazón» y en los que, desafortunadamente, aparecen hijos menores de edad involucrados.

En una interesante exposición sobre este tema, AGUILERA FERNÁNDEZ afirmaba que, tradicionalmente, se ha vinculado la protección del menor, en el ámbito de los medios de comunicación social, con la moralidad y la sexualidad[7]. La combinación de moral

(7) AGUILERA FERNÁNDEZ, A., *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa e información (posibilidades y límites constitucionales),* Granada, 1990.

e interés del menor, en todo caso, tiene, como consecuencia, la necesaria existencia de unas normas de conducta deontológicas en el ámbito de los medios de comunicación que protejan el libre desarrollo de la personalidad del menor y, por ende, el libre desarrollo de sus derechos fundamentales, pero siempre encauzados hacia su interés y, desde luego, a su protección integral.

Alejandra DE LAMA AYMÁ exponía, con agudeza[8], que el artículo 20.4 de la Constitución no sólo protege al menor como destinatario de la información, sino también como objeto de ésta. En este sentido es como hay que entender que no sólo hay que evitar que se le produzcan perjuicios a través, o por medio, de informaciones —aunque éstas sean, como en el supuesto analizado, veraces— que, de una forma u otra, perjudiquen sus intereses y, en definitiva, que sean lesivas para los menores, obstaculizando, así, el libre desarrollo de su personalidad, por mor del artículo 10 de la Constitución, y del propio artículo, tantas veces citado, 20.4 del mencionado Texto Constitucional.

Hay, por decirlo de alguna manera muy gráfica, una sobreprotección cuando se trata de menores de edad o, en otros términos, un plus de protección.

2. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, hay que concluir en que el derecho a la imagen tiene una vertiente personal con rango fundamental, así como una vertiente patrimonial con protección ordinaria, aunque esto es relativo, ya que, siempre que se ejerce la vertiente económica, queda automáticamente afectada la vertiente personal o fundamental del derecho, no sucediendo así a la inversa.

Si un menor tiene la suficiente madurez —razonable criterio, diría—, podrá consentir la intromisión en su derecho a la imagen, o no consentirla. Cuando no la tenga, serán sus representantes los que podrán autorizar la intromisión en el derecho a la imagen, si bien no podrán consentir en su nombre un contrato que conlleve la realización de una prestación personal, porque, en este ámbito, no es posible, jurídicamente, la representación.

Es evidente que, cuando el menor cuente con doce años cumplidos, podrá consentir, por sí mismo, cualquier intromisión en su derecho a la imagen.

(8) DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad,* obra citada en nota 6.

Revista de

Derecho de Familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

VII JORNADAS DE JUECES DE FAMILIA, DE INCAPACIDADES Y DE TUTELAS

Barcelona, 1, 2 y 3 de marzo de 2011

CONCLUSIONES

TALLER PRIMERO: «*Elaboración de un protocolo de derivación al Punto de Encuentro Familiar*»

Reiterar el reconocimiento al trabajo realizado en los puntos de encuentro (PEF) en su papel esencial para abordar situaciones de crisis y conflictos familiares. En esta línea se solicita del CGPJ el apoyo para el mantenimiento de los PEF existentes y para la creación de aquellos otros necesarios en todos los partidos judiciales.

Se considera imprescindible que en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales que incluyen derivación al PEF se detalle la motivación de la intervención y los objetivos que pretende lograr.

Se acepta el modelo de resolución judicial que consta en el protocolo anexo sin perjuicio de las variaciones que cada asunto requiera y su ajuste a las disposiciones autonómicas sobre la reglamentación de los PEF.

Se considera positiva la elaboración de un protocolo de derivación que pueda uniformar el trabajo de los distintos Juzgados y mejorar la coordinación entre órganos judiciales, puntos de encuentro y Administración.

En todo caso, se considera absolutamente necesaria una regulación procesal sobre la ejecución de medidas personales en los procesos de familia que deberá, entre otras, regular la derivación a los puntos de encuentro, la coordinación y las modalidades de intervención así como la posibilidad de realizar un trabajo con familias en conflicto de la manera más integral posible.

Se solicita del CGPJ que inste a las comunidades autónomas para que desarrollen como una de las funciones básicas de los equipos psicosociales la gestión de las relaciones de todos los servicios externos con los Juzgados y en particular con los PEF. Se considera que la persona más indicada y preparada para poder asumir el trabajo que implica la correcta derivación a los PEF y la coordinación con ellos, es el trabajador social por lo que debería estar específicamente concretada esta función y tenida en cuenta en el diseño de las plantillas de los equipos técnicos. En esta línea el protocolo parte de que sea el trabajador el responsable de derivación a los PEF.

Se recoge como buena práctica la realización de una entrevista de derivación con los usuarios que pueda servir para:

a) Reforzar que la derivación es un mandato judicial.

b) Aclarar las dudas de los usuarios sobre el funcionamiento de los PEF con entrega de sus normas básicas de funcionamiento.

c) Comprometer a los usuarios en la participación en las entrevistas y actividades propuestas desde el PEF que les ayuden a superar la necesidad del servicio.

d) Rellenar la ficha de derivación (se adjunta dos modelos de fichas de derivación).

Se considera necesario para el correcto trabajo del PEF que junto a la ficha de derivación, el trabajador social acompañe, al menos, el fundamento jurídico de la resolución judicial en el que se motive la derivación, copia de la parte dispositiva, y, en su caso, del informe psicosocial obrante en autos.

Se estima imprescindible para la eficaz gestión de la derivación celebrar una reunión anual como mínima entre los responsables del punto de encuentro y el Juez/a y aquellas otras personas que se impliquen en la derivación.

Se estima de máxima importancia el que esta materia y la propuesta de protocolo puedan llevarse a examen y debate en el próximo encuentro entre Jueces de Familia y Jueces de Violencia a celebrar durante 2011.

SE ADJUNTA A ESTAS CONCLUSIONES EL PROTOCOLO DE DERIVACIÓN QUE, TRAS OPORTUNO DEBATE, HA QUEDADO SUFICIENTEMENTE CONSENSUADO, INTERESANDO SU APROBACIÓN POR EL CGPJ.

TALLER SEGUNDO: *«Repercusiones de los Juzgados de Familia e Incapacidades tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009»*

Dadas las características específicas del presente taller —estudio de los problemas de una normativa que todavía no se ha puesto realmente en práctica o al menos no en su totalidad— apenas se pudieron extraer conclusiones en éste, no obstante hubo interesantes debates en relación con las cuestiones planteadas.

1. Se pudo concluir que resulta acertado que se efectúe por fin un deslinde claro de las competencias que desarrollan en los procedimientos los secretarios judiciales y los titulares de los órganos jurisdiccionales.

2. Se concluyó que si bien es competencia del Secretario la admisión a trámite de los escritos de demanda y contestación que puedan presentarse, los pedimentos que efectúan los letrados por medio de otrosí en los indicados escritos de demanda/contestación, tales como peticiones de prueba anticipada, requerimientos documentales a la otra parte o petición de un informe psicosocial, etcétera, deben ser resueltos por el titular del órgano judicial ante el que se planteen, habida cuenta de que se trata de un enjuiciamiento sobre la

pertinencia y/o utilidad de la prueba que se propone. Igualmente en el caso de peticiones del artículo 772 de la LEC debe ser el juez el que se pronuncie sobre la oportunidad de convocar la comparecencia. También ha de articularse un sistema eficaz de dación de cuentas de las posibles comparecencias a efectuar en virtud de la aplicación del artículo 49 bis.2 de la LEC en temas de violencia doméstica.

3. Se advierte necesario que la remisión del procedimiento al Tribunal que haya de conocer del mismo, una vez señalada ya la fecha para el acto de juicio verbal, sea lo más rápida posible y ello con el fin de que titular del órgano judicial, conociendo las pretensiones realmente objeto de discusión en el litigio, pueda pronunciarse sobre la oportunidad de remitir a las partes a mediación para la resolución de sus controversias. Se trata por tanto de disponer del máximo lapso de tiempo entre el señalamiento para el acto de juicio y su celebración.

Debe además tenerse en consideración que las partes pueden pedir la suspensión por estar mediación y por ello debe haber algún sistema homogeneizado para el control y seguimiento de estos procedimientos.

En lo concerniente a los señalamientos se analizó el artículo 182 de la LEC y puede señalarse la necesidad de que de cualquier señalamiento, suspensión o cambio de fecha del señalamiento debe darse cuenta de forma inmediata al Tribunal a los efectos de que éste conozca de ello y se pronuncie en su caso.

Por último, en lo concerniente a la ratificación de los Convenios Reguladores se concluyó en la necesidad de que se clarifique si ésta debe realizarse por el titular del órgano judicial o por el secretario del mismo toda vez que la redacción actual del precepto es generadora de dudas. De hecho en la votación realizada a fin de establecer cuál era el sentir de los asistentes a las jornadas se alcanzó un empate lo que impide cualquier pronunciamiento al efecto.

TALLER TERCERO: *«Cuestiones Prácticas de Derecho Internacional de Familia. Temas de Competencia Judicial Internacional, de Ley aplicable y de prueba del Derecho Extranjero»*

1. La internacionalización de las relaciones familiares ha provocado en poco tiempo la aparición de normativa internacional que regula la **competencia y la ley aplicable** en los conflictos familiares con elementos internacionales, cuya aplicación no está exenta de problemas en la práctica y que dejan prácticamente vacías de contenido las normas internas que regulan estas materias (LOPJ y CC).

Entre los diferentes instrumentos internacionales tenemos:

a) En el ámbito de la **Unión Europea**:

— Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que ha unificado las normasen materia de **competencia** judicial internacional y de **reconocimiento y ejecución** en materia de **nulidad matrimonial**, **separación judicial y divorcio** y de **responsabilidad parental**.

— Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la **competencia**, la **ley aplicable**, el **reconocimiento y la ejecución** de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de **alimentos**. En vigor desde 18 de junio de 2011 si se aplica el Protocolo de La Haya de 2007 o a partir de la aplicación del Protocolo.

— Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la **ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.** En vigor desde el 21 de junio de 2012.

b) En el marco del **Convenio de La Haya.**

— Convenio, de 19 de octubre de 1996, relativo a la **competencia**, la **ley aplicable,** el **reconocimiento**, la **ejecución** y la **cooperación** en materia de **responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños**. Ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2011.

— Protocolo sobre ley aplicable de 23 de noviembre de 2007.

2. La entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1996 el 1 de enero de 2011, obliga a delimitar su ámbito de aplicación frente al Reglamento 2201/2003 y frente a otros Convenios o Tratados. Para ello resulta de gran utilidad la «Ficha Convenio 1996» y el «Informe Convenio 1996» que se encuentra a disposición en la web del Consejo General del Poder Judicial en el área de internacional REJUE, sustracción de menores.

1) El Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el novedoso por su reciente entrada en vigor Convenio de 19 de octubre de 1996 son complementarios y juntos aportan un instrumento de gran utilidad para poder obtener la restitución del menor. Para garantizar el derecho de visitas transfronterizo se añaden mayores previsiones y mayor utilidad en el Convenio de 19 de octubre de 1996 respecto al artículo 21 del Convenio de 25 de octubre de 1980 que se había mostrado poco satisfactorio hasta ahora.

2) El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sustituye al Convenio de 1961 entre los Estados miembros.

3) En cuanto al Reglamento 2201/2003 (artículo 61), con respecto al Convenio de 19 de octubre de 1996, se aplica siempre el Reglamento cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y para el reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro. El Convenio de La Haya se aplica cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado no miembro de la UE y en cualquier caso para determinar la Ley aplicable, cuestión no regulada en el Reglamento.

4) Compatibilidad entre el Convenio de La Haya de 1996 y el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 del que España es parte, pudiendo aplicarse indistintamente ambos convenios.

5) Compatibilidad entre el Convenio de La Haya de 1996 y otros Convenios bilaterales de reconocimiento de sentencias.

3. El Convenio de La Haya de 1996 introduce modificaciones sobre ley aplicable respecto al Convenio de La Haya de 1961.

1) Para la adopción de medidas de protección se aplica la ley interna del Estado que las adopta. Se contemplan algunas excepciones.
2) Para la constitución, extinción y ejercicio de la responsabilidad parental de pleno derecho o resultante de la ley, se remite a la ley de la residencia habitual del menor en lugar de a la ley nacional que contempla el Convenio de 1961 y establece mecanismos que permiten mantener la situación derivada de dicha ley en caso de cambio de residencia y aplicación subsiguiente de la ley de la nueva residencia.

4. Respecto a la prueba del Derecho extranjero, se considera que se ha de tener mayor flexibilidad por parte de los Tribunales que pueden valerse de medios de averiguación para su aplicación debiendo evitarse soluciones como las que se han dado en algunos supuestos de aplicación de la *lex fori* o desestimación de la demanda. Además de los convenios sobre esta materia que permiten al Juez dirigirse a la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia para obtener la ley extranjera de aplicación, se dispone de otros medios o instrumentos como la web del CGPJ, dentro de actividades internacionales en el apartado REJUE «derecho extranjero de familia y sucesiones». Cabe hacer referencia también a la RECLUE que tiene como función principal incrementar el acceso a la información que obra en poder de los Ministerios de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la legislación vigente, los sistemas judiciales y jurídicos y los grandes proyectos de reforma en materia de justicia y a la página web de la Red Notarial Europea.

5. España forma parte de la Red Internacional de Jueces de La Haya, accesible en la web-site en Internet de la Conferencia de La Haya, tras haber designado formalmente el 30 de enero de 2009 al magistrado Francisco Javier Forcada Miranda. La Red cuenta en este momento con 57 jueces formalmente designados por 39 países de todo el mundo. La utilidad y resultados prácticos de la Red son cada vez mayores por lo que se deja constancia de su existencia y puesta a disposición de todos los operadores jurídicos en el marco de la Conferencia de La Haya.

TALLER CUARTO: *«Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Posibles soluciones prácticas. Necesaria reforma del artículo 96 CC»*

1. Por unanimidad se aprobó la ratificación de las conclusiones elaboradas y aprobadas en el IV de los «ENCUENTROS DE MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA» celebrado en Valencia en el año 2009 y que se transcriben literalmente:

a) Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máxi-

mos 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 Catalunya.

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 del Código Civil, 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.

2. Se incluyó una nueva conclusión para añadir a las anteriores que fue aprobada por 13 votos a favor y 8 en contra con la siguiente redacción: «Mientras se procede a la reforma del artículo 96 del Código Civil, en territorios de derecho común los Jueces, con carácter orientativo, pueden motivar sus decisiones relativas al uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta la nueva normativa contenida en la Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, y en la Ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, o la que se recoja en sucesivas leyes que sobre el uso de la vivienda familiar se puedan ir aprobando por las diferentes Comunidades Autónomas siempre que sean más flexibles y adaptadas a las diferentes situaciones familiares que el rígido sistema del artículo 96 del Código Civil».

TALLER QUINTO: «*Valoración de la Prueba Documental Económica Contable y las repercusiones fiscales de las Resoluciones dictadas en los Procesos de Familia y Persona*»

1. Las declaraciones fiscales cuando se trata de autónomos carecen de fiabilidad a los efectos de poder por Jueces y Tribunales cuantificar pensiones alimenticias y compen-

satorias, debiendo calificarse como un elemento probatorio más a valorar junto con los restantes medios probatorios aportados al proceso judicial.

2. En la utilización del punto neutro judicial, cuando se trata de obtener información de carácter fiscal, ha de tenerse en cuenta la Ley Orgánica de Protección de Datos, en relación con el artículo 95 de la Ley General Tributaria, teniendo en cuenta una importante diferenciación según la averiguación vaya dirigida a resolver cuestiones que afecten a hijos menores o, en su caso, a uno de los cónyuges o hijos que ya han alcanzado la mayoría de edad, y así:

a) Cuando la averiguación tiende a resolver concreciones cuantitativas o, en fase de ejecución por impagos, de pensiones compensatorias o alimenticias de hijos mayores de edad, no cabrá hacer uso del mecanismo expuesto y además, la propia Administración Tributaria podrá oponerse a la cesión de tales datos obtenidos en el desempeño de sus funciones.

b) Por el contrario, cuando se tienda a resolver cuestiones que afecten a menores o incapacitados, ya lo sea en el curso de un procedimiento civil o penal, entonces esa obligación de colaboración se impone y la Administración Tributaria vendrá obligada a facilitar la información peticionada.

3. Gran parte de la información contable y fiscal se viene facilitando a través de los medios instrumentales a que se refiere el artículo 299.2 de la LEC, que no deben ser rechazados de plano, por cuanto que no dejan de tener la consideración legal de medios probatorios. La posición preeminente del papel cede a favor de otros dispositivos a los que el legislador y jurisprudencia no pueden dar la espalda.

4. Pese a lo que se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, dicha prueba instrumental no puede quedar identificada con la documental, ya que dispone de reglas concretas que la regulan y desarrollan (artículos 382 a 384 LEC). A los instrumentos probatorios, como soportes hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, no se les puede otorgar consideración análoga a la de la prueba documental, pese a la literalidad empleada en los artículos 326.3 y 812.1 LEC.

5. La aportación al proceso de instrumentos de archivo viene a regularse en manera idéntica a la documental en el sentido tradicional, correspondiendo a las partes la responsabilidad en la obtención de la prueba.

6. En relación con la cuestión de qué sucede cuando sabiendo la parte dónde se encuentra el medio o instrumento no puede aportarlo por falta de colaboración de quien lo tenga en su poder, parece que la solución que da la LEC para los documentos tradicionales es plenamente satisfactoria y así, si se trata de la contraparte, existe un verdadero deber de exhibición (artículo 328 LEC), y en el caso de terceros también al no poder oponerse a exhibir los documentos, salvo que se trate de documentos legalmente declarados o clasificados como de carácter reservado o secreto (artículo 332 LEC). Sin embargo, cuando la cuestión se refiere a un medio o instrumento, la LEC guarda silencio absoluto, pareciendo como más correcto llevar a cabo una aplicación analógica, permitiendo que esta normativa despliegue sus efectos cuando el objeto de la exhibición deba ser un medio o instrumento.

7. No existe unanimidad acerca de los requisitos que deben reunir la prueba electrónica para ser admitida en juicio por Jueces y Tribunales. Se debe seguir un criterio amplio y permisible en su admisibilidad, basándose para ello en la discrecionalidad judicial, pero, en todo caso, esa admisibilidad se debe hacer depender del respeto a los derechos fundamentales, a su utilidad, proporcionalidad y efectividad, entendiendo efectividad como capacidad para probar la alegación.

8. La inadmisión de la prueba electrónica exigirá motivación por parte del órgano judicial, no cabiendo pues su rechazo de plano en forma arbitraria.

9. La valoración de los medios instrumentales es de libre apreciación judicial.

TALLER SEXTO: *«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»*

En el taller se alcanzaron las siguientes conclusiones por unanimidad:

1. 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 artículos 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 respeto 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».

2. Se ratifica la utilidad de las **«Tablas Estadísticas de Pensiones Alimenticias»** y de aquellas iniciativas tendentes a la objetivación de los criterios para el cálculo de las pensiones, en la medida en que pueden constituir instrumentos valiosos a nivel orientativo para los profesionales (jueces, letrados y mediadores) intervinientes en los procedimientos de derecho de familia, siendo por ello importante que desde el Consejo General del Poder Judicial se impulsen las iniciativas que puedan desarrollarse a este respecto.

3. Ante el Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma de la LOPJ, que contempla la creación de los Tribunales de Instancia en cada partido judicial y correlativa desaparición de los Juzgados unipersonales, se insiste en la necesidad de que la materia relativa a persona, familia, incapacidades y tutelas sea encomendada con criterios de especialización, atendiendo a las particularidades que singularizan los conflictos familiares y que hacen imprescindible la especialización de Jueces, Fiscales, Secretarios, Técnicos de los Equipos Psicosociales y, en general, de todos los profesionales que participen en la gestión de los asuntos competencia de esta jurisdicción, especialización que, obviamente, debe extenderse a las Audiencias Provinciales en la misma medida que se ha llevado a cabo en los Juzgados de lo Mercantil.

Por ello se concluye instar al Consejo General del Poder Judicial y a todos los grupos parlamentarios para que la reforma contemple la creación de Tribunales de Instancia de Familia o, en su caso, Secciones de Familia dentro de los Tribunales de Instancia y al margen de las Secciones Civiles previstas en el Anteproyecto.

4. Necesidad de seguir promoviendo los servicios de mediación familiar intrajudicial, informando suficientemente de su existencia. A este respecto se considera un instrumento adecuado el Protocolo para la implantación de servicios de mediación familiar intrajudicial en Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia elaborado por el CGPJ. Se insta al CGPJ para que apoye las iniciativas que los Jueces vienen realizando en aplicación de este Protocolo. Igualmente debe fomentarse la mediación familiar intrajudicial en la segunda instancia.

5. En relación con la exploración judicial de los menores, se ponen de manifiesto como buenas prácticas las siguientes:

a) La exploración debe limitarse a ofrecer al menor un espacio adecuado para que exprese su opinión, preocupaciones y percepciones pero en ningún caso debe tener como finalidad obtener la respuesta al problema judicial de que se trate.

b) El Juez debe explicar al menor de forma adecuada a su edad y madurez que será él, como Juez, quien adopte la decisión y no el niño/a.

c) La exploración se realizará sin toga.

d) Es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el Juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial (protocolo de acogida) y final (protocolo de despedida).

e) Se debe planificar con tiempo esa diligencia judicial, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial, evitar su «victimización» innecesaria, etc.

f) Debe aplicarse un protocolo de acogida a fin de «situar» al menor: explicarle por qué se le ha llamado, dónde se encuentra, quiénes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista, etc. Igualmente debe existir un protocolo de «despedida» que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas «neutros» (aficiones, deportes...) y en forma positiva, alabando su colaboración.

g) 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).

6. En el reparto de asuntos de familia entre distintos Juzgados, se articularán sistemas que permitan concentrar en un solo Juzgado todos los procesos referidos a un mismo grupo familiar nuclear, facilitándose a tal fin todos los antecedentes que se conozcan para alcanzar ese objetivo.

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

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2011

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			

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

No se declara la responsabilidad del Centro escolar y sí 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 inadecuada para transmitir mensajes de responsabilización de los menores por la conduzca realizada.

[TSJ País Vasco, Sentencia de 8 de febrero de 2011]

La sentencia recurrida basa su decisión de privar de la patria potestad al padre en el texto del artículo 111, párrafo primero, 1.º, del CC y en la condena penal por delito de amenazas cometido en el ámbito familiar, pero debe dejarse sin efecto dicha privación, si bien su ejercicio estaría vedado de hecho en la hipótesis de no haberse extinguido todavía las prohibiciones de acercamiento y comunicación impuestas en la sentencia penal.

[AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011]

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]

La ruptura de la pareja conllevó una medida de alejamiento que propició el distanciamiento de los progenitores, agravado además por la precaria actividad laboral del esposo que se dedica a la confección de artículos de artesanía que vende en mercadillos. Es razonable pensar que si el motivo alegado para la privación es meramente omisivo —dejación de sus obligaciones—, sin que se haya acreditado una conducta perjudicial activa y directa sobre la menor, parece del todo punto lógica la conclusión de la sentencia de instancia de negar la privación de tan fundamental deber.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2010]

GUARDA Y CUSTODIA

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

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

Se deja sin efecto la custodia compartida por semestres y se acuerda que ésta tenga lugar estando el menor con el padre fines de semana alternos de viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, martes y jueves con pernocta, repartiéndose las vacaciones escolares por mitad entre ambos progenitores.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2011]

Es correcta la autorización del cambio de residencia de la hija a Trento (Italia), lugar próximo y de nuestro círculo de cultura, donde no cabe hablar de riesgos o mayores riesgos. La madre ha contraído matrimonio con un italiano de Trento, donde tiene oferta de trabajo y donde tiene reservada plaza en el colegio para su hija, debiendo tener en cuenta que según el informe pericial la madre es la principal figura para la hija.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 24 de marzo de 2011]

Se atribuye la custodia al padre que presenta capacidad de vinculación adecuada con los hijos, óptima relación y disposición de infraestructura y medios, así como aptitudes para ocuparse de ellos, facilitándoles un entorno y soporte familiar adecuados. El facultativo pediátrico puso de manifiesto la implicación del padre y su preocupación por su salud.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2011]

No podemos obviar que el hijo mayor cuenta con 16 años cumplidos, se encuentra en plena adolescencia, ha verbalizado su rechazo a la figura materna. De la exploración se infiere la preferencia de los hijos por la opción paterna que, por cierto, presenta la ventaja adicional de disponer de mayor tiempo libre para su cuidado, considerándose los dos menores mejor atendidos por el padre que por la madre.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 17 de marzo de 2011]

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]

El niño quedó conviviendo con la madre por decisión o con anuencia del padre que salió del domicilio familiar en marzo de 2009, sin duda por entender que con ello no se causaba perjuicio a su hijo, o que era lo más beneficioso para éste, sin que desde esa fecha hasta el presente se hayan producido hechos nuevos fundados y de peso determinantes de un cambio en la alternativa de custodia.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2011]

Se acuerda la custodia compartida por meses al ser el régimen más adecuado y beneficioso para los hijos en atención a las circunstancias concurrentes y es lo más parecida a la convivencia familiar antes de la ruptura del matrimonio, que la dulcifica para los mismos niños. No obstante, se modifica el régimen de visitas en las vacaciones de Navidad para permitir compartir los días 24 y 31.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2011]

RÉGIMEN DE VISITAS

Se fijan unos períodos de relación personal a favor de la compañera sentimental de la madre respecto de un hijo concebido por inseminación artificial. Aunque aquella no tiene la categoría de progenitor, tiene la situación jurídica de «allegado», lo que permite el establecimiento del derecho a la relación.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011]

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

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

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]

No concurre circunstancia que aconseje no autorizar que el hijo menor de edad, ya con 9 años, viaje a Sevilla en el AVE los fines de semana alternos teniendo en cuenta la existencia de un servicio de acompañamiento ofertado por la empresa ferroviaria.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011]

El régimen de visitas y comunicaciones del padre con su hija pactado en el convenio regulador vino cumpliéndose desde la sentencia de divorcio, y tras cumplir los tres años de edad la niña, momento fijado para la pernocta, es cuando la madre muestra sus primeras reticencias al régimen. No puede quedar al albur de una de las partes el cumplimiento de las medidas adoptadas en beneficio de los hijos, alterando unilateralmente el régimen establecido en su concreto interés según cada momento.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2011]

No existe causa justa que impida la relación de los nietos con los abuelos porque las alegadas, en pro de la tranquilidad y equilibrio emocional y psíquico de los menores, parecen más bien, en realidad, un refugio para tratar de obviar el mandato legal.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2011]

El Gabinete Psicosocial adscrito al Juzgado de Familia, a la vista del rechazo de los niños hacia su padre, al cual no conocen, y de la falta de iniciativa por parte de aquél para conocerlos desde que salió de prisión, ha desaconsejado el establecimiento de un régimen que obligue a los hijos a mantenerlo, además de que el proceso terapéutico al que el padre está sometido desde hace años no ha supuesto cambios en su comportamiento.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

La cesión del uso de un inmueble realizada por los padres a su hijo antes de contraer matrimonio pasando a ocuparse la vivienda posteriormente por la esposa de éste, a quien se le atribuyó su uso en el procedimiento matrimonial no es título suficiente para enervar la acción de desahucio por precario.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2011]

Existiendo hijos menores de edad, no puede limitarse el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011]

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

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de abril de 2011]

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

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

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.

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

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

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

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

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

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]

No puede admitirse la tesis del esposo, pues, en definitiva, lo que viene a interesar es un alquiler o renta por la atribución del uso a la esposa e hijo que a todas luces es improcedente y carente de toda apoyatura legal.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2011]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Tiene razón la parte apelante en lo esencial de que lo que se le reclama como gastos extraordinarios de los hijos rara vez se le pone en conocimiento previo y nunca ha obtenido la madre consentimiento del padre, por lo que procede dejar sin efecto la ejecución.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 24 de marzo de 2011]

Aunque al hijo declarado incapaz se le ha reconocido una pensión no contributiva en importe de 330 euros al mes, es evidente que es insuficiente para la digna atención de todas sus necesidades, de manera que depende de sus progenitores siéndole precisa la aportación de su padre, lo que impide el éxito de la pretensión de supresión, puesto que no consideramos al hijo autosuficiente y capaz de atender por sí mismo su sustento.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2011]

Una puntual situación de desempleo no es sino una mera incidencia en la vida laboral de cualquier trabajador, por lo que no viene justificada la postulada suspensión de su obligación de prestar alimentos al hijo común menor de edad, máxime en las circunstancias concurrentes, cuando la cantidad que se ha fijado es mínima, prácticamente simbólica y susceptible de ser satisfecha sin grandes sacrificios y sin demérito del sustento propio.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 3 de marzo de 2011]

No pueden ser incluidos, por no tener amparo en el título de ejecución, los desembolsos reclamados en concepto de salidas realizadas en el curso por los hijos comunes, ni talleres de tardes de junio y septiembre, puesto que todos ellos se comprenden en la pensión alimenticia ordinaria, para cuya fijación en la sentencia que se ejecuta, se tuvieron ya en cuenta, las salidas de los alumnos a teatros, zoológicos y museos, así como las excursiones, puesto que suelen producirse en cada curso escolar, aunque no vengan prefijadas en calendario.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 10 de febrero de 2011]

Aunque se ha acordado la custodia compartida, la diferencia de ingresos económicos periódicos en ambos progenitores, más del doble el marido con relación a los de la mujer, justifica la fijación de una pensión cuando tenga a su cargo a los hijos en el mes que le corresponda.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2011]

La pretensión del padre de que quede en suspenso la obligación de prestar alimentos a sus hijos cuando se encuentre en situación de desempleo y no perciba subsidio o prestación alguna, aunque pudiera parecer lógica, en principio, no puede tomarse en consideración.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2011]

Se reduce la pensión alimenticia al tenerse en cuenta que la madre ha comenzado a trabajar como autónoma aunque en un pequeño oficio.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de enero de 2011]

PENSIÓN COMPENSATORIA

La solicitud de temporalizar 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]

Han transcurrido nada menos que siete años desde la fecha de la separación de hecho, durante los cuales la esposa ha subsistido sin pensión compensatoria, lo que evidencia la total ausencia de desequilibrio, como razona con acierto el Juez *a quo*.

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

No se extingue la pensión compensatoria, pues ha de darse una situación de pareja semejante al matrimonio y no una mera relación sentimental o de noviazgo.

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

Dada la duración del matrimonio (unos trece años de convivencia), si bien ambos tienen trabajo estable, la diferencia de ingresos económicos de uno y otro es importante, por lo que el divorcio supone para la mujer un claro desequilibrio económico.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2011]

No se fija pensión compensatoria ya que si bien es cierto que la esposa no obtiene retribuciones en metálico por prestaciones laborales por cuenta ajena, también lo es que tiene una vivienda de su propiedad, sin ningún tipo de carga o gravamen; y realiza trabajos agrícolas que le permiten autoabastecerse en lo básico, y además tiene un patrimonio inmobiliario. Los ingresos del esposo ascienden exclusivamente a 950 euros mensuales, teniendo que ser acogido en la casa de su madre ante la imposibilidad de pagarse un domicilio propio y hacer frente a la prestación alimenticia de su hija. AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2011.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2011]

CUESTIONES PROCESALES

No existe vulneración al derecho a la intimidad por presentar en un procedimiento de divorcio documentación contable que se encontraba en la vivienda del esposo relativa a una sociedad propiedad de la esposa y de una hermana suya.

[AP Barcelona, Sec. 21.ª, Auto de 29 de marzo de 2011]

La competencia para conocer del juicio verbal instado por el ex esposo reclamando a la esposa las pensiones alimenticias y compensatorias percibidas indebidamente tras dictarse la sentencia de modificación de medidas corresponde al juzgado que dictó la sentencia y no a aquel en el que tiene actualmente su domicilio la ex esposa.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 29 de marzo de 2011]

Se declara la nulidad de la sentencia dictadas 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]

Las circunstancias que concurren sí pueden calificarse de sustanciales como son el cierre del negocio y de la actividad que ejercía el ex esposo, además, se le ha reconocido la incapacidad permanente absoluta por enfermedad común, por lo que procede la reducción de la pensión, que no su extinción, sin que pueda apreciarse incongruencia, pues quien pide lo más (extinción), también pide lo menos (reducción de la cuantía).

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011]

Las actuaciones penales incoadas a consecuencia del acto de violencia sobre la mujer se iniciaron por un Juzgado de Instrucción no especializado en esta materia, el que es absolutamente incompetente para el conocimiento de la demanda de modificación de medidas.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 23 de febrero de 2011]

Si bien la limitación temporal de la pensión alimenticia no coincide exactamente con la pretensión deducida en la demanda, no incurrimos en la presente en incongruencia ni *ultra*, ni *extra petitum,* a tenor del aforismo doctrinal «quien pide lo más, también pide lo menos», que es lo aquí concedido, donde, solicitada la inmediata extinción, no se hace otra cosa que acordarla, si bien diferida en el lapso temporal.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011]

Habiéndose ejercitado conjuntamente la fijación de medidas paterno-filiales y la acción de división de cosa común (acumulación admisible en Cataluña), la competencia para el conocimiento del litigio la tiene el Juzgado donde actualmente residen los menores y no donde se encuentra el inmueble a dividir.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de enero de 2011]

No puede acordarse como medida cautelar *inaudita parte* la atribución de la custodia al padre en relación con el menor que próximamente debía regresar a México con su madre tras finalizar el período de visitas.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 18 de enero de 2011]

Habiendo comparecido el demandante al acto de la vista del presente juicio, en la que manifestó expresamente que hace ocho años que dejó de convivir con la demandada y que quiere divorciarse, contestando clara y rotundamente a las preguntas que se le formularon, no cabe considerar probado, que el actor en el momento de presentar la demanda y de otorgar el poder *apud acta* a favor de su procurador, padeciese la incapacidad, con el grado absoluto que aprecia la sentencia de incapacitación.

[AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de enero de 2011]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Careciendo la sentencia recaída en proceso de modificación de medidas de efectos retroactivos, ninguna razón se advierte para neutralizar la fuerza ejecutiva de la sentencia de divorcio en el período que media entre el momento en que se produjo el incumplimiento de obligación y el dictado de la sentencia de modificación.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 17 de marzo de 2011]

La pretendida suspensión de la ejecución por razón de la presentación de demanda de modificación de medidas carece de toda apoyatura legal y jurisprudencial, pues constatada la vigencia del título, lo único que procede es observar lo dispuesto en el artículo 18.2 de la LOPJ.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 3 de marzo de 2011]

Se ha incurrido en la instancia en exceso con la ampliación de la ejecución inicialmente despachada, toda vez que no se solicitó expresamente por la parte ejecutante tal ampliación al tiempo de la interpelación judicial, ni se acordó en el auto que la despachó.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 3 de marzo de 2011]

En la sentencia se acordó que las partes atenderán al 50% las cargas del matrimonio hasta lo que resulta de la efectiva liquidación del régimen económico-matrimonial y en reclamación del 50% que correspondió a la esposa y que han sido abonadas al 100% por el esposo, frente a la demanda ejecutiva entablada, no se puede oponer la compensación con base en pagos u obligaciones del matrimonio a pagar al 50% que sólo ha abonado totalmente la esposa, por lo que deberá presentar su correspondiente demanda, si a su derecho conviniere.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 3 de marzo de 2011]

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]

A los fines de la viabilidad de la correspondiente acción ejecutiva constituye requisito indispensable que se mantengan los condicionantes exigidos por el precepto examinado, pues, en otro caso, y de aplicarse automáticamente el pronunciamiento de la sentencia se desbordarían los límites propios del título que debe servir de base a la ejecución, pero para tener en cuenta el cambio de circunstancias se exige que sea evidente y palmario, no necesitado de un despliegue probatorio impropio de este proceso especial y sumario, y no de *plena cognitio*.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 23 de febrero de 2011]

A nada conmueve que el ejecutado no sea el progenitor biológico, cuando en convenio regulador aprobado judicialmente, asumió esta obligación alimenticia.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 17 de febrero de 2011]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se decreta la nulidad por simulación de las compraventas realizadas por el esposo en pago de una deuda que mantenía el matrimonio con sus padres no apreciándose la caducidad al considerarse que se trata de un caso de nulidad absoluta. No es ilícita la prueba documental presentada por la esposa consistente en una carta en la que remitente y destinatario son el cuñado y el esposo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2011]

Lo que se pretende en este momento es la valoración de dos bienes que no fueron integrantes del inventario que se aprobó con la sentencia, y, por tanto, dicha pretensión debe ser desestimada.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2011]

Si bien parte del precio aplazado por la compra de la vivienda se pagó, tras la celebración del matrimonio, con dinero ganancial, hay que tener en cuenta que la hipoteca se canceló para poder conseguir un nuevo préstamo hipotecario con el que se adquirió el domicilio conyugal, no siendo, por tanto, de aplicación el artículo 1354 del CC, pues tal vivienda nunca fue el domicilio familiar o conyugal.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2011]

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]

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]

No viene acreditado en autos que las persianas y toldos instalados en el año 2002 en el inmueble resultaran imprescindibles para su mantenimiento y conservación, ni que fuera urgente la necesidad de su colocación, ni que la esposa lo pusiera en conocimiento del esposo y contara previamente con su autorización al desembolso.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011]

Ha de ser incluido el ajuar y se ha de inventariar, independientemente de que no se haya descrito o determinado su composición, pues en ausencia de objetos preciosos o de elevado o extraordinario valor, se valorará en la segunda fase del proceso en un 3% del catastral del inmueble.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2011]

Se incluirá en el pasivo un crédito a favor del esposo por las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con el que viene gravada la vivienda familiar desembolsadas en el período comprendido entre la fecha en que se dictó el auto de medidas coetáneas y el de la sentencia.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011]

Dando incluso por probado el origen privativo de buena parte del metálico invertido en la adquisición de la vivienda familiar, por derivar de la venta de bienes de tal naturaleza privativa, ello no determina sin más la obligación de reintegro, al no quedar acreditado en las presentes actuaciones que el ex esposo hiciera oportunamente referencia a reserva o condición sobre el dinero destinado a la compra.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2011]

Debemos considerar como ganancial el préstamo especial de empleados concertado por el esposo en su condición de empleado de una entidad bancaria cuando no constaban desavenencias conyugales. Con respecto del resto de los saldos deudores de tarjetas a nombre del esposo no pueden incluirse en el pasivo al no constar que su aplicación fuera para atender a necesidades familiares.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2011]

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]

Se confirma el acogimiento, pues se ha acreditado una prolongada separación entre el menor y su madre, pues prácticamente desde su nacimiento el niño ha permanecido bajo el cuidado de terceras personas. Además presenta alteraciones conductuales relevantes en relación con la dinámica disfuncional de su familia.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2011]

No se precisa autorización judicial para la inscripción de una escritura pública de compraventa por la que se trasmite 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]

El padre ni prodigó a su hijo los debidos cuidados, ni se encontró en disposición de hacerlo y el adoptando ni siquiera le reconoce como tal, ni le expresa espontáneamente afecto, pues no lo veía desde que era bebé, puesto que no ejerció su derecho a visitarle, y resulta, a mayor abundamiento, que el padre ni siquiera se presenta proyecto probable alguno de futuro con su hijo.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 12 de enero de 2011]

La madre no se encuentra capacitada a nivel psicológico para proporcionar a su hijo unas condiciones de crianza que permitan el desarrollo de todas las potenciales del niño, pudiendo además suponer una situación de riesgo para la integridad del menor, no disponiendo por otro lado de recursos de apoyo familiares que le permitan suplir sus propias carencias.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

Si está pendiente de resolverse el recurso de apelación planteado por los padres biológicos contra el auto que acordaba la constitución del acogimiento preadoptivo, interpuesta una demanda por estos últimos solicitando que quede sin efecto la suspensión de la patria potestad, es evidente que concurre prejudicialidad civil, por lo que, admitida a trámite, la demanda deberá suspender su tramitación hasta tanto se resuelva el recurso de apelación.

[AP Granada, Sec. 5.ª, Auto de 28 de diciembre de 2010]

FILIACIÓN

Desde la fecha de inscripción de la filiación a la de la presentación de la demanda ha transcurrido con exceso el plazo de un año previsto para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación paterna por parte de la madre, quien ostenta la patria potestad, en interés de su hija menor de edad.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2011]

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]

Se estima la demanda de reclamación de paternidad con base en el 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]

Tiene legitimación pasiva la viuda en cuanto titular del que denomina derecho a la intimidad familiar, pues ésta quedaría afectada por la declaración de una filiación extramatrimonial de un fallecido, que puede hacerse extensiva sin duda a otros parientes.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010]

UNIONES DE HECHO

Se reconoce la existencia de una pareja de hecho y se fija a favor de la conviviente una indemnización por enriquecimiento injusto de 60.000 euros que deberán abonar los herederos del compañero sentimental fallecido. Dado que la indemnización se fija en atención al trabajo realizado por aquélla para las empresas del difunto, no procede fijar un porcentaje en sus bienes.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2011]

SUCESIONES

Validez del contrato de cesión de herencia llevado a efecto tras la muerte del causante y antes de ser declarada heredera.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de abril de 2011]

La sustitución, tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero del sustituido —hijo menor o incapaz— y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011]

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]

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]

Se condena a la esposa como autora responsable de dos delitos de lesiones en el ámbito familiar del artículo 153.2 y 3 CP, a la pena de siete meses y veinte días de prisión, debiendo tenerse en cuenta que el tiempo transcurrido entre el primer incidente y su denuncia nunca se puede entender como una prueba de su inexistencia, en la medida en que es perfectamente comprensible en la situación de crisis matrimonial una ocultación inicial para que después aflorara al producirse el segundo y definitivo episodio.

[AP A Coruña, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2011]

Aun cuando la esposa admite que se estuvo negociando por los abogados la supresión de la pensión compensatoria, lo que resulta de manera clara es que ella no renunció a ésta, por lo que procede la condena penal por su impago al constar la voluntad de no cumplir la obligación impuesta en la sentencia.

[AP A Coruña, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de enero de 2011]

Denunciada la esposa por apropiación indebida se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 CP porque cuando se produjo la acción objeto de esta causa no se encontraban separados legalmente ni de hecho y tampoco en proceso de separación, divorcio o nulidad, siendo indiferente que la pareja estuviese en crisis, pues seguían compartiendo el mismo domicilio.

[Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

OTRAS CUESTIONES

Validez del negocio fiduciario por el que los titulares formales de unas participaciones sociales deberían trasmitirlas a los hijos del matrimonio conforme fueran llegando a la mayoría de edad, lo que se instrumentó mediante una compraventa en escritura pública. Aunque no conste la donación de las participaciones por escrito, ésta puede perfeccionarse de palabra.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de abril de 2011]

Se estima la acción subrogatoria del artículo 1111 CC interpuesta por un acreedor y se declara que un inmueble cuya titularidad corresponde a las hijas pertenece a los padres al apreciarse la existencia de un negocio fiduciario.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2011]

La atribución de infidelidades es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de un matrimonio y por ello se condena a unas presentadoras y a una productora de televisión a abonarles una indemnización de 50.000 euros para cada uno de los cónyuges.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2011]

Siendo patente y manifiesta la voluntad del demandado de comparecer en el procedimiento de incapacitación, se declara la nulidad de todo lo actuado dado que el Juzgado debió posibilitar su personación en forma mediante abogado y procurador, sin que esta omisión pudiera entenderse subsanada con el nombramiento de una institución como defensora judicial.

[Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 7/2011, de 14 de febrero]

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]

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]

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.

Notas

Notas

Notas