

**DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN**

Magistrado

Nº 51

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](mailto: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](http://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 consecuyente 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.

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](http://portaljuridico.lexnova.es)

**LEX NOVA**

**DIRECTOR**

**ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN**

Magistrado

## **EL TRIBUNAL SUPREMO, LOS HIJOS MENORES Y LA VIVIENDA FAMILIAR**

Aunque sea con cuenta gotas, el Tribunal Supremo va dictando sentencias que día a día nos ayudan —y de qué manera— a clarificar muchas de las cuestiones que cotidianamente inundan los juzgados de familia.

Si hace poco era la pensión compensatoria y la guarda y custodia compartida los temas que llamaron la atención de nuestro alto tribunal, últimamente han sido cuestiones relacionadas con la vivienda familiar las que han centrado el objeto de los recursos de casación.

Todos sabemos que el artículo 96 del Código Civil (CC) es un precepto discutido y polémico, dado que con su actual redacción deja poco margen de maniobra a los juzgados y tribunales en el momento de decidir la atribución del uso de la vivienda cuando existen hijos menores de edad. Prueba de ello son las conclusiones a las que se llegaron en las VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y celebradas en Barcelona, los días 1, 2 y 3 de marzo de 2011, en las que por unanimidad se propuso la modificación del artículo 96 del CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación —siguen diciendo las conclusiones— 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. Pero, hasta tanto se produzca la reforma legal del citado precepto, se acordó que su interpretación se hiciese de tal 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 y que tal asignación se haga siempre con carácter temporal. Con una mayoría no cualificada (13 votos a favor y 8 en contra) se acordó que «Mientras se procede a la reforma del art. 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 art. 96 del Código Civil».

Obviamente los Jueces ignoraban que en esas fechas en las que se reunieron para intentar racionalizar la aplicación del derecho de familia, en el Tribunal Supremo se estaba

gestando una sentencia que resolvía un recurso de casación en el que era objeto de decisión si es procedente o no la limitación del uso de la vivienda familiar cuando en el domicilio conviven hijos menores de edad. De igual modo, en el Tribunal Supremo se ignoraría el sentir de los Jueces de Familia en cuanto a la necesidad de contar con normas que atiendan a la realidad social del momento en que vivimos, lo que no implica que en todos los casos la atribución del uso sea limitada, sino que al menos puedan tener la posibilidad de analizar caso por caso y encontrar la solución más acorde para tutelar todos los intereses en juego, entre los que sobresale, y eso nadie lo duda, el interés primordial del menor.

En la STS de 1 de abril de 2001 se analizó el supuesto de una pareja de hecho con un hijo menor de edad, que era propietaria, por mitades indivisas de la vivienda familiar. La mujer interpuso la demanda solicitando entre otras medidas la atribución de la custodia y del uso del domicilio familiar. El Juzgado de Familia acordó las medidas solicitadas por la madre, pero la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2008) limitó la atribución del uso al momento en que se procediera a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes.

El argumento jurídico utilizado fue el siguiente: «Por último, sobre la adjudicación del uso de la que fuera vivienda familiar (que nada dispone sobre los derechos dominicales respecto de la misma, por lo que no cabe hablar de transformación del bien privativo en ganancial), en la persona de la madre e hijo (art. 96 CC), sólo puede atenderse a lo que viene siendo criterio de este Tribunal: su prolongación en principio de forma indefinida (no ilimitada), hasta que se provea sobre la disolución o división de los bienes comunes (liquidación de bienes en caso de gananciales)».

La madre interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo le dio la razón, eliminó la limitación temporal acordada por la Audiencia Provincial y sentó la siguiente doctrina: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC».

Razonó el Tribunal Supremo que el artículo 96 del CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Ésta es una regla taxativa que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del CC); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia han adoptado esta regla (así, expresamente, el artículo 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar, y ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y

aunque ésta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (artículo 117.1 de la CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del CC. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (artículos 14 y 39 de la CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Ésta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias (9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras) en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

Basta analizar las últimas leyes en materia de familia dictadas por las comunidades autónomas de Cataluña, Aragón o Valencia para comprobar que el artículo 96 del CC ha quedado obsoleto y se necesita con carácter urgente una reforma que vaya en la línea de estas legislaciones, y nadie puede poner en tela de juicio que los hijos menores cuyos padres estén sujetos a la normativa foral han visto vulnerados sus derechos.



# ÍNDICE GENERAL

Página

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS POR PROGENITOR NO CUSTODIO Y ARTÍCULO 618.2 DEL CÓDIGO PENAL.

*José Luis Rodríguez Lainz* ..... 25

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. HIJOS QUE AGREDEN A SUS PADRES. ASPECTOS JURÍDICOS Y PRÁCTICOS.

*Aránzazu Bartolomé Tutor y Ángeles García Llorente* ..... 55

## JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..... 77

**Cuestiones penales** ..... 77

La decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la declaración testifical de la esposa e hija por no ser informadas de la dispensa de prestar declaración y que motivó la absolución del denunciado de los delitos de daños y amenazas de los que venía acusado, resulta desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad.

*Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre* ..... 77

La pena prevista por concurrir habitualidad en el delito de violencia de género es independiente de la pena que pueda corresponderle por los delitos o faltas en que se hubiesen concretado los actos de violencia física o psíquica, y ello no vulnera el principio *non bis in idem* ni la doble sanción supone un ejercicio desproporcionado del *ius puniendi* ni vulnera el derecho a la legalidad penal. La habitualidad no se identifica con la mera reiteración de conductas, sino en la atmósfera de dominación o sometimiento continuado que debe considerarse acreditado para la aplicación del tipo penal.

*Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 77/2010, de 19 de octubre* ..... 86

**Incapacidad** ..... 90

Aunque mantienen su vigencia para evitar un vacío legislativo, se declara la inconstitucionalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 763 de la LEC,

que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica.	
<i>Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre</i> .....	90
<b>TRIBUNAL SUPREMO</b> .....	95
<b>Alimentos</b> .....	95
Si el hecho nuevo se produce después de dictarse la sentencia por el Juzgado, la Audiencia Provincial está obligada a valorarlo antes de dictar la Sentencia de apelación.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2010</i> .....	95
<b>Uniones de hecho</b> .....	97
El procedimiento de división de cosa común no es el adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2010</i> .....	97
<b>Pensión compensatoria</b> .....	100
En el caso analizado está justificada la no fijación de limitación temporal a la pensión compensatoria dado que la esposa tiene 49 años, una minusvalía del 33%, falta de experiencia profesional continuada y ausencia de cualificación.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010</i> .....	100
<b>Vivienda familiar</b> .....	104
El contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento y en caso de fallecimiento del titular se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y, entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la norma.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010</i> .....	104
No constituye título hábil de oposición a la acción de desahucio por precario la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la ex esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2010</i> .....	107
<b>Regímenes económicos matrimoniales</b> .....	110
La perfección y consumación del contrato de compraventa se había producido al otorgarse en documento privado por los dos esposos pese a que la posterior compraventa en escritura pública sólo se otorgó por el esposo. Se estima la acción declarativa de dominio en el sentido de que la finca, vivienda unifamiliar, era pro-	

	Página
<p>riedad indivisa por mitad de ambos cónyuges aunque figura en la escritura y en el Registro de la Propiedad como titular, únicamente, el esposo.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010</i> ..... 110</p> <p>Se desestima la acción de nulidad del contrato de arrendamiento concertado por el esposo por un plazo superior a 25 años al estar caducada la acción, dado que estando incapacitada la esposa, la acción debió ejercitarse por el tutor (el hijo del matrimonio) dentro de los cuatro años siguientes al fallecimiento del esposo que fue la causa de disolución de la sociedad de gananciales.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010</i> ..... 112</p>	
<b>Filiación</b> .....	115
<p>Se considera prescrita la acción de responsabilidad extracontractual por daño moral interpuesta por el ex esposo tras la declaración de que no era el padre de una de las hijas, dado que aunque estamos ante un supuesto de daños continuados existe un plazo determinado para el ejercicio de la acción.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2010</i> ..... 115</p>	
<b>Incapacidad</b> .....	120
<p>Los actos dispositivos llevados a efecto por el tutor sin la autorización judicial son nulos pues ésta se constituye en un elemento esencial del negocio jurídico.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de julio de 2010</i> ..... 120</p>	
<b>Sucesiones</b> .....	125
<p>Debe buscarse la voluntad real del testador en el momento de otorgar el testamento y la cláusula revocatoria del segundo testamento es clara y no admite dudas sobre la intención de dejar sin efecto el testamento anterior en el que donaba un inmueble a su sobrino.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2010</i> ..... 125</p> <p>Se condena a un coheredero a rendir cuentas de los bienes que tuvo en posesión antes y después del fallecimiento del acusante, aplicando los efectos en función de la posesión de buena y mala fe.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2010</i> ..... 128</p> <p>Se estima la demanda de desahucio por precario interpuesta por unos herederos contra otro que fijó su residencia en un inmueble incluido en el caudal hereditario no habiéndose llevado a efectos aún la partición hereditaria, teniéndose además en cuenta que al heredero únicamente le pertenece la nuda propiedad y no el usufructo.</p> <p><i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010</i> ..... 133</p>	
<b>Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen</b> .....	135
<p>No se vulnera el derecho al honor y a la intimidad porque en un programa televisivo se viertan conjeturas sobre la posible filiación paterna de una persona, al ser</p>	

diversos los nombres propuestos y por tanto barajados como posibles sin aseverar categóricamente nada.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2010* ..... 135

Se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y se utilizó ilegítimamente la imagen de los menores en un programa de televisión en el que entrevistaron a sus dos abuelas en relación con su custodia ofreciendo imágenes de aquéllos de forma esencial.

*Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2010* ..... 138

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA ..... 146

**Vivienda familiar** ..... 146

No es ajustado a derecho otorgar al cónyuge no titular el uso sin limitación temporal de la vivienda familiar en base, únicamente, al tiempo de convivencia y a la edad de los litigantes, máxime en un caso en el que la esposa percibe una pensión de jubilación de 1.240 euros, 1.136 euros por alquiler de inmuebles de su titularidad y una pensión compensatoria de 6.000 euros. En consecuencia procede limitar el uso de la vivienda familiar a cuatro años.

*TSJ de Cataluña, Sentencia de 16 de diciembre de 2010* ..... 146

**Convenio regulador** ..... 147

No se puede aprobar cualquier cláusula que contenga el convenio, aunque no dañe ni perjudique en modo alguno a los hijos, toda vez que en el convenio regulador de la separación o divorcio, no caben en absoluto los pactos contrarios a Derecho, es decir, los que vayan en contra de la ley, de la moral o del orden público, o afecten a alguno de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

*TSJ de Cataluña, Sentencia de 10 de septiembre de 2010* ..... 147

No existe obstáculo para la aprobación de una cláusula de un convenio regulador en el que los cónyuges liquidan un inmueble que les pertenecen en *pro indiviso*, ya que la subrogación hipotecaria que pactan sólo tiene efectos entre los otorgantes, sin trascender al acreedor hipotecario y el compromiso de expulsión de los actuales afianzadores del marco obligacional está condicionado al consentimiento del acreedor hipotecario.

*TSJ de Cataluña, Sentencia de 10 de diciembre de 2010* ..... 150

**Regímenes económicos matrimoniales** ..... 153

Tiene carácter consorcial la vivienda construida constante el matrimonio en una parcela propiedad del tío del esposo y con su consentimiento, que posteriormente fue heredada por el esposo, desestimándose la pretensión de este último en la que ejercía la acción de accesión ofreciendo el pago a la ex esposa de la mitad de lo invertido en la construcción.

*TSJ de Aragón, Sentencia de 3 de diciembre de 2010* ..... 153

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES .....	161
<b>Separación, divorcio y nulidad</b> .....	161
Para la acreditación del derecho marroquí el órgano judicial debe prestar su asistencia teniendo en cuenta que dispone de medios a su alcance baratos y expeditivos (base de datos del Cendoj).	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2010</i> .....	161
<b>Patria potestad</b> .....	162
No puede privarse al padre de la patria potestad porque fuese condenado por un delito contra la libertad sexual de un menor por padecer un trastorno psicológico conocido como paidofilia o pedofilia, ya que dicha condena se produjo hace veinticinco años sin que se hayan vuelto a producir los hechos que la motivaron, que, además, eran conocidos por la apelante en el momento de contraer matrimonio.	
<i>AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010</i> .....	162
Se condena a los padres a indemnizar a una menor que fue agredida sexualmente por el hijo de aquéllos también menor de edad.	
<i>AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2010</i> .....	163
Los hechos que se denuncian suponen un incumplimiento de las reglas que rigen el ejercicio de la patria potestad pues, ciertamente, algo como la educación religiosa (el padre querellante es de origen musulmán) debe ser acordado por ambos progenitores de común acuerdo y, a falta de éste, por aquel a quien por resolución judicial se atribuya la facultad de decisión, pero los hechos carecen de relevancia penal.	
<i>AP Cáceres, Sec. 2.ª, Auto de 15 de septiembre de 2010</i> .....	165
<b>Guarda y custodia</b> .....	166
No se acuerda el cambio de custodia dado que ese tipo de roces que provienen de la convivencia con los adolescentes a los que se trata de educar, los tiene únicamente el progenitor que tiene que desempeñar la comprometida función diaria. No los tendrá aquel que por estar trabajando se relaciona muy poco con sus hijos, y menos si por tener elevados ingresos aparece ante sus hijas como espléndido y dadivoso padre. Si la madre discute con sus hijas por aquellas razones pueriles que han indicado las hijas, es evidente que ésta sería la que aparentemente más se está esforzando en su educación, en cuya función entra el denegar debidamente y en controlar lo que fuere necesario.	
<i>AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2010</i> .....	166
No se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre. De los informes del equipo psicosocial se deduce que los menores rechazan el cambio de régimen «al encontrarse bien como están» no dándose las condiciones para la custodia compartida.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2010</i> .....	168
Teniendo en cuenta el inicial acuerdo de los progenitores, el informe psicológico aportado, el informe favorable del Ministerio Fiscal y fundamentalmente lo ma-	

nifestado por los menores, se estima que es el régimen de custodia compartida alternativa el más favorable e idóneo, si bien serán los menores los que se trasladen al domicilio de los progenitores.

*AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2010* ..... 169

Descartada la alienación parental no existe motivo alguno para el cambio de custodia dado que la menor convive con la madre desde la separación, está perfectamente adaptada al núcleo familiar formado por aquélla y su actual marido y es su deseo continuar como hasta ahora, recordándose al padre que debe evitar una litigiosidad innecesaria.

*AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2010* ..... 170

Concurren todas las circunstancias objetivas para acceder a la petición de guarda compartida formulada por el padre, en tanto dicho sistema es el que mayor semejanza tiene con el modelo de convivencia y de cuidado llevado a cabo cuando los padres vivían juntos y con el modelo de convivencia acordado por los padres después de la ruptura que, aunque breve en el tiempo, no se ha evidenciado perjudicial para los niños. Los cambios de domicilio de los menores se producen igualmente con el régimen de comunicación establecido en la sentencia apelada que contempla una tarde entre semana con pernocta y en tanto no se ha probado que resulten perjudiciales para los hijos, no pueden servir como única razón para denegar la guarda compartida en los términos en que ha sido solicitada.

*AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010* ..... 171

No es de aplicación al presente supuesto la Ley de 20 de mayo de 2010 sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres, en todo caso no se ha acreditado ningún cambio de circunstancias que aconseje la fijación de la custodia compartida.

*AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010* ..... 174

Esta Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia del SAP y en este caso nunca podría apreciarse aquél por cuanto está clara la causa del rechazo de los menores hacia la madre y que dista mucho de ser una simple manipulación del otro progenitor. Las nulas habilidades educativas de la madre que utiliza las agresiones físicas y verbales contra los niños como el método habitual de relacionarse con ellos es lo que justifica que los hijos rechacen la convivencia con la madre.

*AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2010* ..... 175

**Régimen de visitas** ..... 177

La sentencia acuerda la ampliación del régimen de visitas pues la enemistad entre los padres no puede perjudicar la frecuencia de la relación de los hijos con el padre pues la amplitud de los contactos supone un beneficio para éstos. A los padres les es exigible un esfuerzo en sus relaciones en beneficio de los hijos menores.

*AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2010* ..... 177

Dividir las vacaciones de verano en cuatro períodos semanales alternos —como pretende la madre— no se estima una decisión adecuada porque desnaturaliza,

	Página
sin causa justificada, la esencia de las vacaciones, donde debe procurarse una estancia más prolongada en el tiempo como fomento necesario de las relaciones paterno-filiales, propósito que —con las especiales connotaciones que presenta el supuesto de autos— se logra con el establecimiento de dos períodos alternos de quince días, mediando entre ambos quince días en los que el menor estaría con su madre.	
<i>AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010</i> .....	178
<b>Vivienda familiar</b> .....	180
Es un hecho indudable que la actora apelante dispone, al margen de la casa que fue el domicilio familiar, de una vivienda en la que puede vivir, habiendo en su día abandonado voluntariamente el domicilio familiar, y por ello no se le concede su uso. Asimismo, no es irrelevante el hecho, admitido por ambas partes, de que la mayor parte del precio de la vivienda fuera pagado con bienes procedentes de la herencia de los padres del demandado.	
<i>AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2010</i> .....	180
Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por la madre del esposo al considerarse la existencia de un comodato que mantiene su vigencia al haberse acordado la custodia compartida.	
<i>AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2010</i> .....	181
En el marco de un proceso de nulidad, separación o divorcio sobre lo único que ha de pronunciarse es en relación a la atribución de uso de la vivienda y ajuar familiar. Cualquier discrepancia entre los litigantes acerca de la atribución de uso de otro inmueble del que disponga el matrimonio deberán solventarlo en la vía declarativa correspondiente o bien acudiendo a la liquidación de gananciales.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2010</i> .....	182
La convivencia en el domicilio familiar de la pareja sentimental de la madre no conlleva <i>per se</i> la extinción del derecho de uso del domicilio a la madre e hija menor.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010</i> .....	183
La atribución del uso de la vivienda por períodos alternativos a ambos cónyuges tiene una vocación de permanencia y ello va en contra de lo establecido en el artículo 96.3 del CC.	
<i>AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010</i> .....	184
Se declara extinguido el uso de la vivienda familiar en un procedimiento ordinario seguido a instancias de la entidad bancaria que se adjudicó el inmueble en un proceso de ejecución hipotecaria.	
<i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010</i> .....	184
<b>Pensión alimenticia</b> .....	188
No pueden considerarse gastos extraordinarios el coste de las clases extraescolares de inglés ni el material didáctico correspondiente, pues se constata que en la fecha de la sentencia de divorcio el hijo ya asistía a clase de inglés y, por tanto, el coste	

de tal actividad así como el del material necesario deben entenderse incluidos en la pensión de alimentos.

*AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 29 de octubre de 2010* ..... 188

Con independencia de los ingresos que acredita, la realidad es que mantiene el mismo cargo dentro de la empresa, es decir, la posición jerárquica del empleado no ha variado y por lo tanto sigue ostentando la misma de Jefe de Departamento, por lo que, y no dice lo contrario la empresa, no tiene que haber una disminución de ingresos, sin que se aporte en concreto las nóminas que pudieran demostrar que, por las retenciones en Bélgica, los ingresos fueron inferiores a los que se percibían cuando se firmó el convenio regulador.

*AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2010* ..... 189

Deben excluirse los gastos para la obtención del carné de conducir, pues a pesar de su carácter necesario para cualquier persona, no ha justificado la madre que sea precisa su obtención para la formación o adquisición de empleo por parte de la hija.

*AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 25 de octubre de 2010* ..... 190

Estamos ante un supuesto en el que procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia ya que si bien, vista la vida laboral del padre, siempre ha tenido contratos temporales e inestables, alternando con prestaciones de desempleo, a partir del año 2008 se constata una importante disminución de las contrataciones laborales.

*AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2010* ..... 190

Teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se ha atribuido a la madre, no procede fijar pensión alimenticia para el hijo debiendo asumir cada progenitor los gastos del hijo durante la quincena que permanezca con cada uno de ellos al haberse acordado la custodia compartida.

*AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2010* ..... 192

Tienen carácter extraordinario los gastos de mobiliario para la habitación de la menor.

*AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 11 de octubre de 2010* ..... 192

No se considera que haya cambiado la fortuna de la madre por el mero hecho de convivir sentimentalmente con otra persona que trabaja, desconociéndose sus recursos económicos así como los pactos habidos entre ellos en cuanto a las cargas y gastos de su unión de hecho.

*AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010* ..... 193

**Pensión compensatoria** ..... 195

En la actual coyuntura en la que ha sido impuesta la congelación de las pensiones como medida de política económica, la no revalorización de la pensión compensatoria reconocida para dos anualidades, cuando los ingresos del obligado a su pago se nutren en exclusiva de una pensión de jubilación, no resulta algo infundado o carente de sentido.

*AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2010* ..... 195

	Página
La esposa cuenta con 52 años. La convivencia matrimonial se prolongó durante 25 años en los que se dedicó en exclusiva al hogar e hijos, existe aún una hija menor de edad y carece de cualificación profesional, no teniendo ninguna experiencia laboral. Esa ausencia razonable de expectativas de generación de ingresos lleva a establecer el carácter vitalicio de la pensión compensatoria.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 21 de octubre de 2010</i> .....	196
Admitida la ruptura o separación de hecho del matrimonio más de dos años antes de la interposición de la demanda, sin que la apelante reclamase nada al demandado durante ese tiempo, ni existiese pacto alguno sobre el reconocimiento de la pensión compensatoria que se solicita, es procedente denegarla.	
<i>AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010</i> .....	197
Se desestima la demanda de modificación de medidas en la que el esposo pretendía extinguir la pensión compensatoria alegando que nunca existió un desequilibrio económico y que en el convenio regulador se pactó una pensión simulada pues realmente lo que encubría era un desequilibrio en la liquidación de la sociedad de gananciales que ya ha sido compensado.	
<i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010</i> .....	199
<b>Cuestiones procesales</b> .....	205
La sentencia apelada desestima la demanda por entender concurrente la excepción de «cosa juzgada» y por considerar vinculante y eficaz en España una Sentencia de Divorcio de mutuo acuerdo dictada en Santo Domingo (República Dominicana), para que los documentos aportados por la parte demandada pudieran tener eficacia material en España hubiera sido preciso obtener su <i>exequatur</i> ante el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente.	
<i>AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2010</i> .....	205
Con relación a las litisexpensas, en el presente caso, concurre caudal común, lo que implica que los bienes privativos del esposo no corren riesgo alguno en cuanto a la financiación de este pleito; será aquel quien la soporte sin que, por lo expuesto, tuviera obligación alguna la esposa de acudir a solicitar el beneficio de justicia gratuita precisamente por la existencia de ese caudal común.	
<i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2010</i> .....	206
Se le imponen las costas causadas en la primera instancia al demandado ya que las medidas solicitadas en la demanda han sido estimadas en su integridad mientras que también en su integridad han sido rechazadas las solicitadas por el demandado en su contestación, de ahí que sin duda sea de aplicación el artículo 394.1 LEC que conlleva la imposición de las costas al demandado.	
<i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010</i> .....	206
Se atribuye la competencia para conocer del procedimiento de Modificación de Medidas al Juzgado de Violencia, pues el Auto de sobreseimiento es provisional y no determina en consecuencia la extinción de la competencia de este juzgado.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 28 de septiembre de 2010</i> .....	207

<p>Validez de la suspensión del régimen de visitas acordado por vía del artículo 158 del CC por el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad donde reside el menor, con independencia de que otro juzgado distinto sea el competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas.</p> <p><i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 6 de septiembre de 2010</i> .....</p>	208
<p>No procede suspender el procedimiento de divorcio hasta que se resuelva por el Fiscal la petición de los hijos del inicio de un procedimiento de incapacitación del padre.</p> <p><i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2010</i> .....</p>	209
<p><b>Ejecución de sentencia</b> .....</p>	210
<p>Los ingresos efectuados por el padre lo han sido en la cuenta corriente vinculada al pago del crédito hipotecario pendiente que grava la vivienda familiar, pero con independencia del carácter no compensable de la pensión de alimentos, no es dable a quien se le ha impuesto tal obligación el que pretenda eludir su pago alegando compensación con otras deudas que no pueden tener acogida en este trámite en el que sólo cabe el cumplimiento íntegro de lo realmente debido y ello sin perjuicio de otras acciones que pudiesen corresponderle a efectos de ejercitarlas en los procedimientos correspondientes.</p> <p><i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 26 de octubre de 2010</i> .....</p>	210
<p>El convenio regulador, si bien instituye al esposo como deudor del préstamo hipotecario, no le obliga a tener que novar la hipoteca para que desaparezca la esposa como deudora, por lo que procede dejar sin efecto la ejecución despachada.</p> <p><i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 21 de octubre de 2010</i> .....</p>	211
<p>No habiendo residido la hija con la madre durante los meses cuyo pago alimenticio reclama, sino que lo ha hecho con el padre, de manera que aquél se hizo cargo de las necesidades alimenticias de la referida hija durante los meses que se reclaman, no procede estimar la reclamación que aquélla efectúa, con indudable abuso de derecho, pues ello motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor de la acreedora y en contra de la persona obligada al pago.</p> <p><i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de octubre de 2010</i> .....</p>	212
<p>La madre tiene en exclusiva el derecho de custodia, por lo que, según el artículo 5 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, en su apartado a), dicho derecho comprende la facultad de decidir sobre su lugar de residencia y en consecuencia no existe sustracción de menores.</p> <p><i>AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 20 de octubre de 2010</i> .....</p>	212
<p>Existió una causa objetiva de extinción de las pensiones alimenticia y compensatoria, cual fue los matrimonios contraídos por ambas, siendo ésta una circunstancia que acreditada exime de cualquier valoración, es a juicio de este Tribunal la vía del enriquecimiento injusto la más adecuada a los efectos de fundar el éxito de la pretensión de devolución de las pensiones abonadas indebidamente.</p> <p><i>AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2010</i> .....</p>	214

	Página
No existe el incumplimiento de visitas por parte del padre alegado por la madre, dado que es el menor, hoy de catorce años, quien no quiere irse con el padre.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 7 de octubre de 2010</i> .....	215
La demandante ha aceptado y reconocido haber recibido desde septiembre de 2007 a diciembre de 2008 una cantidad de dinero superior a la que venía obligado el padre, por lo que dicho exceso ha de imputarse a otras obligaciones alimenticias (pensiones o gastos extraordinarios) pues lo que no puede pretender la madre es percibir un plus de cobro que constituiría un enriquecimiento injusto contrario a derecho.	
<i>AP Castellón, Sec. 2.ª, Auto de 1 de octubre de 2010</i> .....	216
<b>Regímenes económicos</b> .....	217
La naturaleza ganancial de las acciones adquiridas constante el matrimonio sin que pueda estimarse la tesis del esposo en cuanto a que la compraventa encubría una donación, siendo intrascendente el posterior contrato de condonación del precio otorgado por los padres del esposo.	
<i>AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2010</i> .....	217
Es correcta la inclusión en el pasivo de un crédito de la demandada contra la sociedad ganancial por el importe de lo pagado en las reparaciones de la casa común, por ser gastos de la propiedad y no del mero usuario, aunque lo sea a título de usufructuario.	
<i>AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2010</i> .....	220
Se deniega la indemnización del artículo 1438 del CC en base a que, si bien es cierto es que la esposa se ha ocupado del cuidado de las hijas y del hogar con ayuda del servicio doméstico, no es menos cierto que pudo compatibilizarlo con su profesión de pintora e impartir clases en su estudio, y, por otro lado, que junto al notable nivel de vida se adquirieron dos inmuebles —que se titularizaron <i>pro indiviso</i> — sin duda gracias a los ingresos del esposo, pues, como la propia esposa reconoce, sus ingresos y aportaciones han sido discretas.	
<i>AP Castellón, Sec. 2.ª, Auto de 22 de octubre de 2010</i> .....	221
La homologación judicial, en un proceso de divorcio, de la errónea calificación del régimen económico matrimonial no puede cambiar su verdadera naturaleza. El régimen económico del matrimonio es el que es y si los cónyuges por un error, de ellos mismos o de su asistencia letrada, declararon en un convenio regulador que su régimen económico es otro distinto, dicha manifestación, aun cuando forme parte del convenio regulador aprobado por sentencia, no es más que una mera manifestación que no cambia ni determina la naturaleza del régimen económico.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de octubre de 2010</i> .....	223
La máquina aparece en el permiso de circulación como de titularidad de una sociedad pero la titularidad administrativa de un bien no determina la material de dominio. El crédito de financiación para su adquisición fue suscrito por la esposa y giradas a cuenta de su titularidad las cuotas para su amortización, por lo que procede su inclusión en el activo.	
<i>AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2010</i> .....	223

La vivienda que ha venido siendo el domicilio habitual del matrimonio es en principio propiedad de los titulares del terreno donde se ha edificado, padres del actor, habiéndola recibido éste por herencia, por lo que está excluida del activo de la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de crédito que pudiera tener la sociedad conyugal frente a los propietarios por las obras realizadas.	
<i>AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010</i> .....	224
Carece de sentido práctico una administración compartida del negocio común ya que el grado de conflictividad existente entre las partes llevaría a una situación de difícil salida para éste.	
<i>AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010</i> .....	226
El mero hecho de que uno de los cónyuges ingrese en una cuenta común una suma importante de dinero no implica la renuncia a su naturaleza privativa. Convicción que no se ve desvirtuada por el hecho de que al adquirir el inmueble se haga de forma conjunta por ambos litigantes. En definitiva estamos ante la adquisición y pago con dinero privativo de un bien de carácter ganancial, teniendo derecho el cónyuge que lo realiza al reintegro, con cargo a la sociedad de gananciales de las cantidades abonadas.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2010</i> .....	227
<b>Procedimientos de menores</b> .....	228
La pretensión que articula con su recurso resulta inacogible, pues debió ser en aquel momento en el que se le permitió ser oída cuando debería haber alegado y acreditado lo que entendiera era procedente respecto al acogimiento familiar. Pudo y se le dio oportunidad de ser oída, incluso de haberse opuesto si consideraba que podía hacerlo, pero no acudió cuando fue citada.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 27 de octubre de 2010</i> .....	228
Se declara la nulidad del procedimiento de oposición al desamparo al no haberse dado traslado de los autos al padre de la menor.	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2010</i> .....	228
Se confirma la resolución de desamparo dado que la madre no cumplió el programa de Asistencia a Adicciones de la Cruz Roja, al que acudió irregularmente, minimizando y negando su problema con el alcohol.	
<i>AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010</i> .....	231
<b>Filiación</b> .....	232
Practicada la prueba biológica no puede llevarse a cabo una segunda prueba cuando no se ha probado que se haya producido error o fallo en la cadena de custodia de las muestras como se alega, sino, todo lo contrario, están perfectamente identificadas e individualizadas las tres personas a las que se tomaron las muestras y con ellas se hizo la posterior prueba biológica.	
<i>AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010</i> .....	232
Resulta correcto el pronunciamiento que se hace en la sentencia apelada de la no exclusión de la patria potestad al demandado, atendida su conducta procesal, pues no ha negado en momento alguno su posible paternidad, sino que tiene dudas serias	

	Página
y razonables sobre ella, ante la falta de convivencia con la madre del menor en la época de la concepción, al encontrarse durante ésta residiendo fuera de Gijón, por motivos laborales, y ningún impedimento ha puesto a la admisión y práctica de la prueba biológica propuesta por la actora.	
<i>AP Murcia, Sec. 7.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2010</i> .....	234
<b>Uniones de hecho</b> .....	235
La actora es propietaria única de la vivienda en donde reside junto a sus hijos y se constató su voluntad de mantener patrimonios separados durante la convivencia, por lo que no se considera adecuado concederle el uso de la vivienda propiedad del que fue su compañero sentimental, pues los menores tienen cubiertas sus necesidades de alojamiento en el inmueble que actualmente ocupan.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2010</i> .....	235
Si bien es cierto que las partes han mantenido una relación de pareja o de convivencia <i>more uxorio</i> aproximadamente durante dieciocho años, no se aprecia que dicha ruptura convivencial haya producido a la actora un desequilibrio económico o un perjuicio que deba reintegrarse, toda vez que esta última, de 40 años de edad, ha estado compaginando durante la relación mantenida la dedicación a la familia, hijos y hogar con su actividad laboral.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2010</i> .....	236
Teniendo ambos progenitores de nacionalidad marroquí residencia en nuestro país debe admitirse a trámite la petición de adopción de medidas paterno-filiales, sin que constituya obstáculo alguno que por un tribunal de Marruecos se haya dictado ya sentencia de divorcio dado que ésta aún no ha obtenido el correspondiente <i>exequátur</i> .	
<i>AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 14 de octubre de 2010</i> .....	237
Tras fallecer su compañero sentimental se declara que los bienes que adquirió durante la convivencia pertenecen en pro indiviso a ambos integrantes de la pareja.	
<i>AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010</i> .....	238
<b>Sucesiones</b> .....	239
En modo alguno puede extraerse la clara certeza de que a la fecha del otorgamiento de la escritura de donación estuviera afectado por algún brote concreto derivado de la enfermedad que le fue diagnosticada en su día, ya que sólo dos meses después firmó el convenio regulador de su divorcio. La parte actora no ha conseguido probar ninguna de las causas que invalidarían su consentimiento en el momento en que se otorgó la escritura de donación, en la que, por lo demás, no transmite el pleno dominio de los bienes sino sólo la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio.	
<i>AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010</i> .....	239
El contrato de vitalicio constituye en realidad donación encubierta dirigida exclusiva y directamente a favorecer en la herencia a una de las hijas, por lo que estamos en presencia de una donación que perjudica la legítima y que debe reducirse.	
<i>AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010</i> .....	240

<b>Cuestiones penales</b> .....	241
Se condena a la madre por un delito de desobediencia a la autoridad al no haber reintegrado a los hijos al domicilio familiar tras la finalización del régimen de visitas, no considerándose que su conducta fuese incardinable en el delito de sustracción de menores ya que alegaba una situación de maltrato del padre hacia los hijos y supeditaba la entrega al esclarecimiento de los hechos.	
<i>AP Soria, Sentencia de 27 de septiembre de 2010</i> .....	241
<b>JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA</b> .....	247
<b>Guarda y custodia</b> .....	247
Se acuerda la custodia compartida por semestres permaneciendo los hijos en la vivienda familiar y asumiendo el padre el pago de una segunda vivienda de alquiler que será ocupada alternativamente por los progenitores cuando no convivan con los hijos en el domicilio familiar.	
<i>Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 28 de enero de 2010</i> .....	247
<b>Procedimientos de menores</b> .....	251
Se constituye la adopción solicitada por los acogedores simples de la menor aunque exista oposición de la entidad pública y no conste propuesta previa de ésta.	
<i>Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, Sentencia de 24 de febrero de 2010</i> .....	251

## RESOLUCIONES DE LA DGRN

<b>REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES</b> .....	257
<b>I. Instrucción</b> .....	257
<i>DGRN, Instrucción de 5 de octubre de 2010</i> .....	257
<b>II. Resoluciones</b> .....	260
La escritura de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, complementada con el acta de notoriedad, es título traslativo suficiente para solicitar la inmatriculación de una finca.	
<i>DGRN, Resolución de 19 de octubre de 2010</i> .....	260
Se deniega la petición de expedición de certificaciones literales de las inscripciones de todas las fincas registrales de las que han sido titulares los cónyuges, alegando como interés legítimo la liquidación de la sociedad de gananciales, dado que las personas a las que se refieren las certificaciones no son titulares de ninguna finca o derecho sobre ellas, y ni la solicitante ni su anterior cónyuge aparecen en inscripción alguna relativa a estas fincas.	
<i>DGRN, Resolución de 3 de diciembre de 2010</i> .....	261

	Página
Para la inscripción de una partición judicial, acordada sin oposición, no es suficiente el testimonio del Auto expedido por el Secretario judicial, pues se precisa además su protocolización notarial.	
<i>DGRN, Resolución de 9 de diciembre de 2010</i> .....	266

## SECCIÓN PRÁCTICA

LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA .....	271
CASOS PRÁCTICOS .....	277

## TRIBUNA ABIERTA

INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES.	
<i>Aurelia María Romero Coloma</i> .....	285
MEDIACIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO.	
<i>Javier Vilaplana Ruiz</i> .....	299

## PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS .....	309
------------------------	-----

## AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad .....	315
Guarda y custodia .....	315
Régimen de visitas .....	316
Vivienda y ajuar familiar .....	317
Pensión alimenticia .....	318
Pensión compensatoria .....	319
Cuestiones procesales .....	320
Ejecución de sentencias .....	321
Regímenes económicos matrimoniales .....	322
Procedimiento de menores .....	323
Filiación .....	323
Uniones de hecho .....	324
Sucesiones .....	324
Cuestiones penales .....	325



Revista de

# Derecho de Familia

---

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**

---



# INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS POR PROGENITOR NO CUSTODIO Y ARTÍCULO 618.2 DEL CÓDIGO PENAL

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

*Magistrado*

*Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba*

## RESUMEN

### **Incumplimiento del régimen de visitas por progenitor no custodio y art. 618.2 del Código Penal**

La falta contra las personas del art. 618.2 del CP surgió con la idea de salvar espacios de impunidad que habían dejado la regulación de los delitos contra las relaciones familiares y la falta de quebrantamiento de custodia del art. 622. Uno de los principales ámbitos de expansión del nuevo tipo penal sería precisamente la garantía del debido respeto del régimen de visitas y comunicación entre los hijos menores de edad y sus progenitores que no tuvieran encomendada su guarda y custodia. Tras realizarse un pormenorizado estudio de aspectos relevantes del análisis de la mencionada falta, así como de las instituciones de derecho de familia a las que concierne (en concreto, la caracterización de los derechos en tal ámbito como derechos-deberes sometidos al imperio de la satisfacción del interés familiar superior), se trata de dar una solución ponderada frente a las posiciones jurisprudenciales que se han decantado, bien por considerar los incumplimientos por parte del progenitor no custodio como no constitutivos de infracción criminal, bien por la opción contraria; opción esta última a la que se adhiere el autor.

**Palabras Clave:** Incumplimiento de visitas del progenitor, hijos menores, soluciones.

## ABSTRACT

### **Failure to meet the regime of visits by non custodial progenitor and art. 618.2 Of the Penal Code**

the misdemeanours against people included in the art. 618.2 of PC arose with the idea of saving those gaps of impunity left by the regulation of the felonies against the family relationships and the lack of breach of custody of the art. 622. One of the main sphere of expansion of the new penal type would be in fact the guarantee of the due respect of the regime of visits and communication between minor children and their progenitors that were not entrusted with their guard and custody. Further to having deeply studied the outstanding aspects of the analysis of the aforementioned misdemeanour, as well as of the concerned family law (specifically the description of rights in such a sphere like the one of rights and duties put before the empire of the satisfaction of the higher family interest) it is about giving a measured solution as opposed to some jurisprudential positions that have opted either for considering that the noncompliance by the non custodial progenitor does not constitute a crime, or for the opposite option; option this last one to which the author adheres to.

**Key Words:** Failure to meet the regime of progenitors' visit, minor children, solutions.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA FALTA CONTRA LAS PERSONAS DEL ARTÍCULO 618.2 DEL CÓDIGO PENAL.
  1. Tipo básico y modalidades delictivas.
  2. Diferenciación con otros tipos penales.
  3. El pretendido elemento normativo del tipo.

**4. El dolo en la falta del artículo 618.2 del Código Penal.**

**5. El interés del menor como clave en la configuración del bien jurídico protegido.**

III. LA NATURALEZA MIXTA DEL DERECHO-DEBER DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO.

IV. CONCLUSIÓN: LA RELEVANCIA PENAL DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DEL DERECHO/DEBER DE VISITA DE SUS HIJOS.

-----

## I. INTRODUCCIÓN

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la posición jurídica de aquel que no teniendo reconocida la custodia de su descendencia pretendía ejercitar su derecho de visitas<sup>(1)</sup> frente a las trabas u obstáculos opuestos por el progenitor custodio pasaba por tener que sortear todo un laberinto jurídico en su empeño. En la vía civil, a salvo la siempre comprometida estrategia de la presentación de demanda de modificación de medidas reguladoras, el ejercicio de tan comprensible y razonable pretensión debía encarrilarse a través de la presentación de demandas ejecutivas que en no pocas ocasiones se difuminaban en tediosos y costosos trámites escritos, comparecencias y requerimientos que podían no llevar a nada, al estrepitoso fracaso del progenitor no custodio en tal empeño<sup>(2)</sup>, que vería cómo el tiempo transcurría irremisiblemente en su contra sin alcanzar una normalización en la deseada rutina de sus contactos con sus hijos. La vía penal era todavía más decepcionante, toda vez que cualquier intento de criminalizar la conducta del progenitor custodio pasaba por el agotamiento de la vía civil: el compelimiento expreso por parte de autoridad judicial al cumplimiento del régimen de visitas como ineludible paso previo para poder enfrentarnos ante una falta o delito de desobediencia de los arts. 634 o 556 del Código Penal —CP—. Los progenitores que desesperados acudían a las comisarías para dar cuenta de los incumplimientos de regímenes de visitas chocaban siempre con el mismo baldón del archivo o la sentencia absolutoria por falta de lo que jurisprudencialmente ha venido a entenderse como auténtico presupuesto jurídico de perseguibilidad de los tipos de desobediencia.

Quienes se encontraban familiarizados con la convivencia cotidiana con la patética situación que debían sufrir los progenitores no custodios, no tardaron en ver en el nuevo apartado segundo del art. 618 del CP una clara respuesta a esa acuciante demanda de hacer frente a tan patentes desequilibrios entre las posiciones de éstos frente a quienes gozaban

---

(1) Utilizamos la voz coloquial *derecho de visitas* por simples razones prácticas, como expresión que aglutina las distintas modalidades de relación paterno-filial entre el progenitor no custodio y sus hijos, y que van más allá de la simple visita; hablamos en concreto de las distintas formas de comunicación interpersonal entre uno y otros, abarcando desde la simple estancia temporal sin pernocta, hasta las estancias en períodos superiores de tiempo y comunicaciones entre ambos sin presencia física —conversaciones telefónicas, correo, Internet...—.

(2) Sobre tal particular pueden consultarse los trabajos de SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores: «Régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre progenitor no custodio e hijos menores. Problemas de ejecución», *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 48, 2010, pp. 35-58, y de MORENO VELASCO, Víctor: «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos», *Diario La Ley*, núm. 7565, Sección Tribuna, 9 feb. 2011 Año XXXII, Editorial La Ley).

de la custodia de la descendencia común, casi en la frontera con la impunidad; y ello aunque al albur de los primeros recursos que se plantearan ante la llamada jurisprudencia menor, no era difícil encontrar ejemplos que como la SAP, Secc. 3.<sup>a</sup> de Cantabria, 51/2006, de 20 de marzo, restringían al máximo la tipicidad de determinados incumplimientos parciales o defectuosos por uno u otro progenitor. La mejor muestra de la verdadera intención del legislador ha de encontrarse, sin duda, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, cuando de forma tan explícita nos advierte que la nueva falta abarca a *conductas de ínfima gravedad*, lo que supondría la penalización de simples incumplimientos de obligaciones establecidas en normas reguladoras de situaciones de crisis familiar; y no solo las de trascendencia económica<sup>(3)</sup>.

Pero pronto surgieron dudas a nivel jurisprudencial sobre el alcance de tan ambicioso tipo venial que parecía cubrir todos los déficits de tipificación de conductas relacionadas con el debido cumplimiento por parte del sujeto activo de convenios reguladores y resoluciones judiciales afectantes a la descendencia; y sobre todo en cuanto respectaba a la tipicidad de la conducta del progenitor no custodio que incumplía su derecho-deber de visitar, comunicarse y tener en su compañía a sus hijos menores de edad. Las posiciones de las Audiencias Provinciales se orientaron claramente en este punto hacia dos polos opuestos: bien considerar que tal régimen de visitas del progenitor no custodio es un simple derecho de éste, y por tanto no punible según el claro sentido literal de la norma; bien entender que tal régimen encierra realmente una institución jurídica mixta, derecho-deber, que como tal podría encajar en una de las modalidades típicas que desarrolla el mencionado artículo del Código Penal.

Para llegar a la conclusión que sostendremos en el presente trabajo, sin embargo, que adelantamos se alinea incondicionalmente con la segunda de las líneas antes descritas, resulta indispensable realizar un previo posicionamiento sobre el análisis de aspectos relevantes sobre la conducta típica, así como sobre las repercusiones que sobre la misma tienen instituciones de Derecho de Familia, tales como son la diferenciación entre guardia y custodia y régimen de visitas en el sentido extenso antes descrito, y en especial sobre la naturaleza mixta de derecho-deber que disciplina el régimen de comunicación personal entre hijo menor de edad y progenitor no custodio.

## II. LA FALTA CONTRA LAS PERSONAS DEL ARTÍCULO 618.2 DEL CÓDIGO PENAL

### 1. Tipo básico y modalidades delictivas

La Ley Orgánica 15/2003 introdujo el nuevo tipo penal del art. 618.2 del CP entre las faltas contra las personas, como medio para reforzar claramente cuál era la principal finalidad de la norma: la protección del interés del menor, que como veremos posteriormente se

---

(3) «Los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos se mantienen y se incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico».

erige en la cúspide del bien jurídico protegido diseñado por el legislador. Dicho precepto establece lo siguiente:

«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 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

De la simple lectura del precepto podemos descifrar con facilidad la estructura esencial del tipo penal:

- En primer lugar, una dinámica comisiva, claro ejemplo de tipo penal de mera actividad, consistente en un incumplimiento de determinadas obligaciones.
- En segundo lugar, el carácter u origen judicial del objeto del incumplimiento.
- En tercer lugar, la naturaleza familiar, de Derecho de Familia, de las obligaciones incumplidas.
- En cuarto lugar, la caracterización como sujetos activos tan sólo de concretos integrantes de los grupos familiares: los progenitores; y como sujetos pasivos los hijos.
- En quinto lugar, el carácter residual o subsidiario de la falta; el tipo venial se describe de hecho como una relación de conductas que no alcanzan la gravedad o naturaleza propia para poder ser constitutivas de delito.
- En sexto lugar, su naturaleza de falta de persecución semipública.

Analizando brevemente estos cinco elementos integrantes de la falta del art. 618.2 del CP, nos encontramos con que la **acción nuclear del tipo**, el incumplimiento, abarca sin ningún género de dudas a actitudes o comportamientos tanto activos como pasivos. Pero esta posibilidad de comisión por inactividad encierra en sí misma la acción típica, sin tener que acudir para ello a la figura de la comisión por omisión. El hecho de que un no hacer o un no cumplir una determinada prestación impuesta por norma reguladora en materia de familia pueda ser constitutiva de la mencionada falta agota toda su fuerza jurídica en su dimensión penal. Poniendo el ejemplo del régimen de visitas, si de la norma reguladora se extrae la obligación de facilitar el contacto del progenitor no custodio con sus hijos unos días y horas determinados, y los hijos ponen trabas a ello, el no hacer nada por remover el obstáculo de los hijos supondrá también incumplir la norma, en tanto en cuanto ello supone la exigencia de conductas activas de favorecimiento del normal desenvolvimiento del régimen de visitas. El precepto penal abarca dentro de su ámbito de protección no sólo a enfrentamientos abiertos a la norma reguladora de la situación de crisis familiar, sino también a simples situaciones de desidia, dejadez o falta de iniciativa, en un contexto en el que a los progenitores se impone una concreta obligación de favorecer el cumplimiento de las obligaciones familiares en la medida de sus posibilidades<sup>(4)</sup>.

---

(4) En este sentido, por citar ejemplos, las SSAP de Cuenca, Secc. 1.ª, 10/2006, de 15 de febrero; de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 97/2005, de 18 de julio; de Córdoba, Secc. 1.ª, 345/2005, de 6 de julio; de Tarragona, Secc. 4.ª, 447/2010, de

Precisamente, la garantía del cumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio parte de la base de la exigencia a éste de generar un clima favorable para remover los obstáculos que por cuenta propia o de la descendencia pudieran impedir o dificultar el normal desenvolvimiento del régimen de visitas establecido en interés de los menores. Respetando siempre el ejercicio conjunto de la patria potestad, cuando no se hubiera instituido bajo la responsabilidad de uno de los dos progenitores, el progenitor custodio no sólo no debe impedir que el otro progenitor no mantenga contacto con su hijo en la forma establecida en la resolución judicial, sino que no debe poner trabas o restricciones al cumplimiento de tal régimen que de forma directa o indirecta lo dificulten o imposibiliten. No podrá, por poner ejemplos, cambiar de domicilio sin al menos comunicarlo al otro progenitor o a la autoridad judicial —SAP de Córdoba, Secc. 1.ª, 345/2005, de 6 de julio—; imponer unilateralmente condiciones que, no amparadas en el superior interés del menor, graven o dificulten su normal desenvolvimiento —SAP de Madrid, Secc. 6.ª, de 14 de octubre de 2005—; o restringir bajo cualquier pretexto no justificado los espacios de tiempo de estancia o comunicación con aquél, como pudieran ser los ejemplos de la excesiva programación de actividades extraescolares precisamente coincidentes con el horario de visitas intersemanal —SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2.ª, 314/2010, de 2 de julio—, contratar un viaje coincidiendo con el fin de semana correspondiente al progenitor no custodio —SSAP de Badajoz, Secc. 1.ª, 15/2010, de 28 de enero, y de Valladolid 287/2009, de 10 de septiembre—, o llevarse a la hija a la piscina —SAP de Huelva, Secc. 1.ª, 1/2010, de 15 de enero—

Pero si es penalmente exigible un no impedir o no dificultar, también lo es el no favorecer la actitud colaboradora de la descendencia común ante la resistencia u oposición de los hijos. Desde el punto de vista de la relevancia penal de la conducta, el progenitor custodio no puede quedarse impasible frente a la inapetencia o negativa del menor a cumplir su parte del convenio regulador o resolución judicial correspondiente; es deber suyo favorecer los contactos con el progenitor no custodio y sus hijos, al menos en términos que garanticen el cumplimiento razonable del régimen paccionado o judicialmente impuesto. Este deber de favorecimiento irá difuminándose proporcionalmente en función de la edad del menor y de la seriedad o justificación con que el hijo pueda oponer o plantear trabas al estricto cumplimiento del régimen. Estamos hablando de emplear el diálogo, la disuasión, e incluso la imposición, en función del grado de discernimiento y capacidad de adoptar decisiones propias que vaya adquiriendo el menor en función a su evolución madurativa<sup>(5)</sup>;

---

17 de septiembre, y 342/2010, de 1 de julio, y de Zaragoza, Secc. 3.ª, 134/2010, de 10 de junio. Queda, sin embargo, la duda de que si con la jurisprudencia anteriormente citada, esa especial posición de garante en que se coloca al progenitor custodio nos llevaría a la posibilidad de plantear una comisión por omisión del art. 11.a) del CP. Podríamos hablar en tal sentido de supuestos mixtos de acción y resultado. Nos movemos en el resbaladizo campo de los conceptos, aún sin una incidencia real en los planteamientos que estamos manejando.

(5) En este sentido, la SAP de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 97/2005, de 18 de julio, habla de la necesidad de apoyar, animar e impulsar los encuentros entre el progenitor no custodio y la hija; en similares términos la SAP de Sevilla, Secc. 1.ª, 25/2010, de 25 de enero, de convencer al hijo de su deber de estar con su madre; la SAP de Cuenca, Sección 1.ª, 10/2006, de 15 de febrero, de obligación de facilitar y no obstaculizar el cumplimiento del régimen de visitas (*idem* SAP de Córdoba, Secc. 3.ª, 140/2009, de 21 de mayo); mientras que la SAP de Barcelona, Secc. 6.ª, 707/2009, de 22 de octubre, considera suficiente el intento de la madre de encarrilar el conflicto de la negativa de sus hijos a ver al padre a través de un proceso de mediación familiar, que a la postre dio sus frutos, al haberse regularizado posteriormente el régimen de visitas.

técnicas o estrategias que deben ir encaminadas a evitar o superar la negatividad propia de la culpabilización de la situación de crisis familiar que desembocara tras la ruptura o como consecuencia de la evolución de las difíciles relaciones triangulares entre hijo y progenitores, una vez que ésta ha tenido ya lugar. Queramos o no, el simple transcurso de tiempo hace que las necesidades del niño vayan evolucionando al mismo ritmo que su capacidad de tomar decisiones propias, ganando progresivamente en autonomía para decidir por sí mismo, hasta el punto de deber ser tenido en cuenta. Es evidente que no puede imponerse igual la visita al padre a un joven de 17 años de edad, a punto de entrar en la universidad que prefiere estudiar en su domicilio o salir con sus amigos, que a un niño de 5 años que prefiere quedarse en casa porque ponen *Bob Esponja* en la televisión. Entrando en la casuística de situaciones a las que podemos enfrentarnos, no basta con la actitud pasiva del progenitor custodio que claudica ante su hijo de corta edad que no quiere irse con su otro progenitor para que aquél no incurra en incumplimiento con relevancia penal —SSAP de Cuenca, Sección 1.ª, 10/2006, de 15 de febrero; de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 97/2005, de 18 de julio; de Tarragona, Secc. 4.ª, 447/2010, de 17 de septiembre; de Madrid, Secc. 7.ª, 85/2010, de 31 de marzo; de Córdoba, Secc. 1.ª 194/2010, de 9 de marzo; de Lleida, Secc. 1.ª, 444/2009, de 5 de noviembre—; tampoco el simple temor del menor a sufrir algún tipo de mera inconveniencia o de maltrato no previsible o riesgo de conducta peligrosa por parte del menor —SAP de Baleares, Secc. 2.ª, 227/2009, de 22 de septiembre—; sí desde luego situaciones de negatividad u oposición firme y decidida del menor que escapen de las posibilidades razonables de disuasión o imposición por parte del progenitor custodio, y que hacen imprescindible diferir el conflicto a la búsqueda de una solución diversa a través de la jurisdicción civil, especialmente en situaciones de serio conflicto parental —SSAP, Secc. 4.ª, 461/2010, de 11 de agosto; de Madrid, Secc. 4.ª, 240/2010, de 27 de julio; de Tarragona, Secc. 4.ª, 342/2010, de 1 de julio; de Alicante, Secc. 1.ª, 346/2010, de 7 de mayo; de Lleida, Secc. 1.ª, 60/2010, de 18 de febrero; de Valladolid, Secc. 4.ª, 486/2009, de 9 de diciembre, y de Vizcaya, Secc. 1.ª, 508/2009, de 23 de julio—.

Pueden establecerse dos grandes grupos de modalidades típicas: las referidas a incumplimientos de naturaleza económica afectantes al interés de los hijos (impagos de prestaciones de naturaleza económica en favor de los hijos) y las que atañen a concretos deberes y relaciones de naturaleza personal, entre las que se encontrarían los incumplimientos de deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, en tanto en cuanto se establezcan como concretas obligaciones o deberes en la resolución judicial reguladora.

Partiendo del carácter plenamente subsidiario del tipo venial en aquella primera dimensión económica, resulta evidente que la norma está orientada a cubrir las lagunas de tipicidad definidas en el art. 227 del CP. Aunque la norma no recoge explícitamente los incumplimientos de trascendencia exclusivamente económica, y una interpretación *a contrario sensu* del citado art. 227 nos podría llevar a pensar lo contrario, lo cierto es que existen razones poderosas para entender que tales incumplimientos sí tienen cabida en el art. 618.2 del CP: en primer lugar, la norma no distingue; en segundo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 pone en primer plano precisamente a las obligaciones que tengan contenido económico, y en tercer lugar, porque la referencia que se hace en el precepto a procedimiento de alimentos, solamente puede tener sentido partiendo de la tipicidad de aquellas conductas, pues no en vano un procedimiento de alimentos solamente puede tener por objeto bien la reclamación de una prestación alimenticia, bien la reclamación

de la manutención del alimentista en el domicilio del alimentante —art. 149 del Código Civil (CC)—. Teniendo en cuenta el ambicioso alcance del art. 227 del CP, realmente, nos enfrentaríamos tan sólo a impagos de mensualidades únicas o hasta dos mensualidades no consecutivas de prestaciones alimenticias; toda vez que aparentemente los pagos específicos distintos a las mensualidades —contribución a concretas cargas matrimoniales no periódicas, gastos extraordinarios...— serían constitutivos de delito. Sin embargo, una ponderada aplicación de criterios de razonabilidad nos permitiría sin duda dejar para el tipo venial concretos impagos de cantidades de escasa cuantía<sup>(6)</sup>.

Sin embargo, el carácter subsidiario de la segunda dimensión del tipo del art. 618.2 del CP estaría sujeto a un cierto grado de discontinuidad. Por una parte, no todos los incumplimientos de las normas reguladoras de una situación de crisis familiar o modelo de familia monoparental en que el otro progenitor no haya participado nunca (el padre que reconoce su paternidad pero que nunca llega a convivir con la madre formando una familia) pueden tener una relación directa con los tipos delictuales de incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad —art. 226— o de abandono de menores de los arts. 229 y siguientes; por otra parte, pese a hablarse en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 de *conductas de ínfima gravedad*, ello no quiere decir que el principio de intervención mínima no tenga cabida para excluir de sanción penal comportamientos que no se merecen un mínimo reproche punitivo. El principio de intervención mínima ha sido enarbolado por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales para excluir del tipo del art. 618 del CP bien con carácter general los incumplimientos de escasa trascendencia, meras incidencias —SSAP de 10 de junio; de Cantabria, Secc. 3.<sup>a</sup>, 73/2005, de 1 de abril; de Jaén, Secc. 2.<sup>a</sup>, 101/2009, de 7 de julio, y de Madrid, Secc. 4.<sup>a</sup>, 261/2009, de 10 de septiembre—, bien para excluir de forma concreta los supuestos de simple retraso por parte del progenitor no custodio en la recogida o en el reintegro de la descendencia común, siempre que en este último supuesto no se estuviera incurriendo en los tipos delictuales o venial de la sustracción de menores de los arts. 225 bis y 622 del CP —SSAP de Sevilla, Secc. 4.<sup>a</sup>, 281/2005, de 10 de junio; de Cantabria, Secc. 3.<sup>a</sup>, 73/2005, de 1 de abril; de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2.<sup>a</sup>, 713/2009, de 23 de octubre, y de Jaén, Secc. 2.<sup>a</sup>, 101/2009, de 7 de julio<sup>(7)</sup>—. Por el contrario, han merecido el tratamiento de delito del art. 226 del CP incumplimientos de cierta gravedad, como el supuesto de impedimento de disfrute del menor con el progenitor no custodio de su parte de vacaciones escolares estivales —SAP de Guipúzcoa 2074/2009, de 22 de diciembre—, o incumplimientos generalizados por parte del progenitor custodio que van más allá de días concretos acumulados<sup>(8)</sup> o de una posible situación de continuidad delictiva —SAP de Madrid, Secc. 23.<sup>a</sup>, 684/2009, de 1 de septiembre—.

El segundo elemento esencial del tipo objetivo se corresponde con la **naturaleza u origen judicial del objeto del incumplimiento**. Sin perjuicio de entrar más detenidamente

---

(6) Piénsese en el supuesto de que el progenitor no custodio no se haga cargo de la mitad de factura de un empaste de muela de su hijo. De hecho, la SAP de Jaén, Secc. 2.<sup>a</sup>, 105/2005, de 27 de junio, no pone ningún reparo en incluir en el tipo venial un impago de seguro multirriesgo de la vivienda familiar.

(7) En contra la SAP de Pontevedra, Secc. 2.<sup>a</sup>, 59/2006, de 16 de marzo, en un supuesto de retraso de la madre, de solo media hora, en llevar a su hija al punto de encuentro familiar.

(8) La SAP de Guipúzcoa, Secc. 3.<sup>a</sup>, 71/2009, de 29 de octubre, trató precisamente de un supuesto de 12 incumplimientos en régimen de punto de encuentro familiar, considerando la existencia de doce faltas del art. 618.2 del CP.

sobre tal componente del tipo en su caracterización como un heterodoxo elemento normativo, lo que nos interesa resaltar en este punto es el hecho de que solamente el convenio judicialmente homologado o la resolución judicial que establezca un determinado régimen regulador de medidas puede dar lugar a la comisión de una infracción criminal subsumible en el mencionado precepto; los pactos a que pudieran haber llegado privadamente los progenitores podrán vincularles entre sí y generar concretas obligaciones, pero su incumplimiento no llevará aparejada, en un principio, sanción penal. A este respecto solamente nos interesa anticipar tres ideas clave:

- a) En primer lugar, que el propio tipo penal delimita con claridad cuáles son las resoluciones a las que hace referencia («... supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos»). No existe por tanto diferenciación por razón de la naturaleza matrimonial o no matrimonial del núcleo familiar, ni tampoco es obstáculo el hecho de que nunca haya llegado a existir tal núcleo familiar; ni menos por el carácter provisional, cautelar o definitivo de la resolución, ni por el carácter homologado o impuesto de su régimen.
- b) Debe recordarse que estas resoluciones tienen fuerza ejecutiva con su solo dictado; no siendo óbice para ello la interposición de recurso por cualquiera de las partes —SSAP de Jaén, Secc. 3.<sup>a</sup>, 154/2009, de 17 de julio, y de Granada, Secc. 2.<sup>a</sup>, 332/2010, de 14 de mayo—. En este sentido, baste con recordar los taxativos términos de los arts. 772.2, 773.3 y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco es obstáculo la no previa utilización de la vía ejecutiva civil, como con acierto nos recuerda la SAP de Lleida, Secc. 1.<sup>a</sup>, 69/2006, de 20 de febrero.
- c) Aun adentrándonos en parte en el campo de la culpabilidad, resulta evidente que todo incumplimiento parte del conocimiento por parte del infractor de la existencia de la regla incumplida; la resolución judicial debe haberse notificado al sujeto activo de la falta para que pueda entenderse que se ha cometido la infracción —SAP de Madrid, Secc. 17.<sup>a</sup>, 320/2010, de 27 de septiembre—.

En cuanto respecta a la **naturaleza familiar de las obligaciones**, la norma parte de la definición de una especie de entre las obligaciones de naturaleza jurídico-civil: las obligaciones, o más bien deberes, familiares. FERRARA definía al Derecho de familia como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia. Sólo por tanto estas obligaciones que tan marcadamente vienen implicadas en el fin superior que es el interés de la descendencia común, son las que habrán de ser objeto de incumplimiento a los efectos de apreciación del tipo penal del art. 618.2 del CP. Pero esta limitación viene a su vez acotada, frente a los tipos delictuales, como seguidamente veremos, por una determinada concreción o especificación: no nos interesa a estos efectos la posible transgresión de una norma de Derecho de familia que impone una obligación a un integrante del núcleo familiar, sino el incumplimiento de la aplicación específica que se hace de tal norma plasmada en convenio regulador o resolución judicial dictada en alguno de los procedimientos a que se refieren los supuestos de hecho del mencionado precepto punitivo.

Este doble acotamiento, bajo los parámetros de naturaleza familiar de la obligación y de correlación con alguna de las modalidades de procedimientos de familia, que se describen en el tipo penal, sin embargo, nos hace enfrentarnos a serias dudas interpretativas cuando la regulación judicial de aspectos atinentes al interés de los menores tiene por fundamento normativo no el CC o la LEC, sino normas protectoras como las contenidas en el art. 158 del CC, cuando la autoridad judicial que las dicta es perteneciente al orden jurisdiccional penal, o cuando las medidas que se acuerdan lo son desde la dimensión penal de la orden de protección, de conformidad con lo establecido en los arts. 61 y 64-67 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —LOMPIVG—. Si bien las primeras medidas podrían participar de la naturaleza de Derecho de familia que exige el art. 618.2 del CP, toda vez que el legislador, en esencia, no hace sino aprovechar la pendencia de un proceso penal para atribuir idénticas competencias al juez penal que las que corresponderían por naturaleza al juez civil<sup>(9)</sup>; en las últimas resulta que nos enfrentamos a medidas cautelares de índole penal, cuya finalidad coincide solamente en parte con la finalidad tuitiva del Derecho de familia. El Juez de violencia sobre la mujer, o de guardia en funciones de éste, puede establecer, incluso de oficio, medidas cautelares que modalicen, restrinjan o impidan el normal desenvolvimiento de relaciones personales entre los padres y sus hijos; pero esas medidas responderán no al interés del menor en su normal desarrollo personal y afectivo (Derecho de familia), sino a la garantía de la salvaguardia de la persona de la víctima de violencia de género y sus descendientes, integrándose dentro del complejo de medidas de protección que establece el art. 61 de la LOMPIVG. Estas medidas, por tanto, cuando son adoptadas como medidas penales, no en el contexto de medidas civiles perentorias que pueden acordarse en el ámbito de una orden de protección, quedarán fuera del amparo del art. 618.2 del CP, sin perjuicio de que puedan tener una especial fuerza coercitiva, al ir acompañadas normalmente de una advertencia de poder incurrir el sujeto sometido a las medidas, bien en delito de desobediencia, bien en causa de agravamiento de las medidas cautelares ya acordadas.

En cuanto respecta al **sujeto pasivo**, aunque la norma no es absolutamente tajante en este punto, la referencia que se hace al final de la primera proposición normativa al «... a favor de sus hijos» no parece dejar lugar a dudas de que los sujetos acreedores de las obligaciones familiares incumplidas no pueden ser otros que los hijos. Esta limitación en la línea de parentesco hace excluir claramente supuestos que, más allá de la adopción, permitan equiparar situaciones similares de dependencia personal y económica a la figura de los hijos, incluidos nietos, pupilos o menores en situación de acogida o guarda de hecho. La norma en este punto se quedó corta de miras, frente al ejemplo del tipo delictual del art. 226 del CP, de suerte que la restricción a los hijos es la única solución interpretativa plenamente respetuosa del principio de tipicidad. Sin embargo, la no exigencia de edad en la descendencia, más allá de la situación de dependencia respecto del progenitor, al igual que sucede en el tipo delictual, permitiría sin duda aplicar la falta del art. 618.2 del CP a hijos mayores de edad, al menos en su esfera patrimonial, en tanto en cuanto la resolución judicial hubiera establecido en su favor una prestación alimenticia. De hecho los hijos ma-

---

(9) Buena prueba de ello es la alusión específica que se hace al art. 158 del CC en el art. 544 ter.7 de la LECrim; es decir, dentro del ámbito de las medidas civiles que pueden adoptarse en el contexto de una solicitud de orden de protección.

yores de edad tienen pleno derecho a una prestación alimenticia por parte de sus progenitores, y la norma punitiva extiende su ámbito *normativo* a lo acordado en procedimientos de alimentos entre parientes.

No es descartable, sin embargo, una interpretación de la norma que incluyera entre los sujetos pasivos al resto del entramado de personas a que se refiere el art. 226 del CP. De esta forma, cuando la norma habla de «... o proceso de alimentos a favor de sus hijos», pudiera entenderse que restringiría el victimario solamente a éstos respecto de tales procesos, afectando a todos los posibles sujetos pasivos del tipo de referencia del art. 226 en cuanto a los demás. Serían por tanto sujetos pasivos, conforme a esta posible interpretación, un primer bloque formado por los hijos menores o con patria potestad prorrogada, respecto de sus padres, pupilos o acogidos en relación a sus tutores o guardadores de hecho o de derecho; y un segundo bloque formado en general por aquellos que pueden ser acreedores de una prestación alimenticia, excepto los hermanos —art. 143 del Código Civil<sup>(10)</sup>—. La falta, según esta interpretación, y teniendo en cuenta la descripción de resoluciones susceptibles de integrar su tipo objetivo que contiene, seguiría sin embargo excluyendo a buena parte del victimario; y ello, según el siguiente esquema:

- a) Pupilos y acogidos de hecho o de derecho no pueden integrarse, en puridad, en los procesos de nulidad, separación, divorcio ni procesos de filiación; y si sólo aceptamos el proceso de alimentos respecto de los hijos, la exceptuación sería plena. Ciertamente tienen ambos derecho a que se les faciliten alimentos por parte del tutor o tutores —art. 269.1.º del CC— o acogedor o acogedores —art. 173.1 del CC—, pero las decisiones que puedan afectar a unos y otros, una vez producida la ruptura del núcleo convivencial bajo cuyo techo estuvieran cobijados, como pudiera ser la atribución de la guarda y custodia o participación en una eventual prestación alimenticia, serían ajenos al ámbito natural de los procesos de familia descritos en el art. 618.2 del CP.
- b) Cabría incluir al cónyuge, en tanto en cuanto la resolución no recayera en proceso por alimentos, en una interpretación un tanto forzada y contradictoria. Si por sus convicciones morales o religiosas la esposa decide no separarse ni divorciarse de su esposo, sino simplemente interrumpir la convivencia, o si separada legalmente viene a peor fortuna y decide reclamar alimentos a su marido, consiguiendo de este modo una prestación alimenticia con cargo a su esposo, nos encontraríamos con que no cuenta con el amparo del art. 618.2 del CP; pero sí contaría con él si la prestación alimenticia se obtiene en el curso de procedimiento de nulidad, separación o divorcio. Del mismo modo, se discriminaría la pensión por desequilibrio económico del art. 97 del CC, frente a la prestación alimenticia obtenida en proceso de alimentos; de suerte que se primaría con protección penal una pensión basada en simples criterios de equiparación-compensación de capacidad económica

---

(10) El reconocimiento de una prestación alimenticia entre hermanos solamente puede obtenerse a través de un proceso de alimentos. Por ello, la dicción literal del art. 618.2 del CP excluiría de su ámbito protector los impagos de prestaciones alimenticias entre hermanos; que, por otra parte, jamás podrían ser constitutivos ni de delito de abandono de familia ni de impago de prestaciones económicas, al no incluirse dentro de su ámbito de protección a los hermanos entre sí.

del consorte menos favorecido tras la ruptura, frente a las situaciones de necesidad en que se basaría una demanda de alimentos.

- c) La interpretación literal de la norma excluiría plenamente a los integrantes de uniones paraxoriales.
- d) Sí tendrían, sin embargo, cabida las relaciones entre ascendientes y descendientes, aunque sólo en la dimensión personal, que no económica, del tipo. De hecho, podríamos de este modo conseguir la protección penal de la relación personal entre abuelos y nietos, establecida en los arts. 90, párrafo segundo, 94, párrafo segundo, y 160, párrafos segundo y tercero, del Código Civil.

Nos enfrentamos, de nuevo, a problemas de defectuosa o equívoca interpretación sintáctica de preceptos penales que nos llevarían irremisiblemente a una posición restrictiva respecto de la definición del tipo. Aparte de la clara contradicción que supone la absurda discriminación de una misma prestación alimenticia entre cónyuges por razón de su origen procesal, con la interpretación restrictiva que propongo, la consideración de los hijos como únicos sujetos pasivos, respetaríamos el principio de coherencia de la norma con su inclusión como apartado 2 del art. 618, entre el apartado 1 del mismo precepto y el art. 622 del CP. El primero, de hecho, hace referencia también a hijos, en este caso menores o incapaces; el segundo, el art. 622, a supuestos de faltas de incumplimiento del régimen de custodia, pero solamente respecto de los hijos menores. Además, tendría su razón de ser en la delimitación que haré posteriormente respecto del bien jurídico protegido, en consonancia con la posición casi unánime de la jurisprudencia menor. La falta no cubriría, con esta interpretación pro reo, todos los resquicios de atipicidad dejados por los delitos contra las relaciones familiares en general; afectaría tan sólo a los sujetos pasivos que serían más dignos de protección: los hijos.

**Sujetos activos**, en consecuencia, conforme a la tesis que defiendo, solamente pueden ser los progenitores sometidos a concretas obligaciones impuestas por resolución judicial en el ámbito del Derecho de familia. No negamos la posibilidad de participación de terceras personas a título distinto de la autoría directa<sup>(11)</sup>; pero la dificultad jurídica y práctica de delimitar la intervención en la comisión de la falta de terceros partícipes en el contexto de un juicio de faltas en el que la fase de instrucción, por definición, no existe, convertiría tal posibilidad en mera hipótesis de laboratorio. En principio pueden serlo tanto el progenitor custodio como el no custodio, en tanto en cuanto, desde luego, estemos hablando de relaciones paterno-filiales con hijos menores de edad. Sobre, en concreto, la posibilidad de que los progenitores no custodios puedan incurrir en el tipo penal por no dar cumplimiento a concretas cláusulas reguladoras del régimen de visitas, nos pronunciaremos más extensamente en un apartado posterior.

Sobre el carácter de **tipo residual** del art. 618.2, aparte de lo ya mencionado en cuanto a su dimensión patrimonial, el tipo penal no llega a cubrir plenamente aquellos espacios que de no existir la falta quedarían impunes; de ahí el carácter discontinuo o fragmentario

---

(11) Piénsese en el supuesto de la pareja de hecho de la madre que se adelanta para llevarse, por indicación de ésta, a los niños a la salida del colegio, para evitar así que se los lleve el padre; o que convence a la madre para que ésta no baje a los niños al portal del edificio donde viven.

que le atribuyéramos anteriormente. De entre las obligaciones familiares que pueden integrarse, en esencia, en el tipo del art. 226 del CP<sup>(12)</sup>, destaca cómo efectivamente el espectro del victimario es mucho más extenso, pues incluye a relaciones de acogimiento y guarda de hecho y deberes de asistencia entre ascendientes, descendientes y cónyuges; además, el incumplimiento no afecta a concretas obligaciones pactadas o impuestas bajo el imperio de la autoridad judicial, sino que incide directamente sobre la aplicación de normas de derecho positivo de Derecho de familia, exista o no una previa regulación judicial. Aun así, el carácter subsidiario del tipo venial ha sido muy tenido en cuenta por la jurisprudencia menor, bien a la hora de delimitar el ámbito material del tipo en su contraste con el principio de intervención mínima —SSAP de Lleida, Secc. 1.ª, 69/2006, de 20 de febrero; de Badajoz, Secc. 1.ª, 15/2010, de 28 de enero; de Huelva, Secc. 1.ª, 310/2009, de 10 de diciembre, y de Sevilla, Secc. 1.ª, 714/2009, de 5 de noviembre—, bien para considerar la existencia del delito, y no de la falta, cuando los incumplimientos son reiterados o de especial gravedad —SAP de Madrid, Secc. 23.ª, 684/2009, de 1 de septiembre—; llegándose incluso en alguna resolución, como sucede en la SAP de Madrid, Secc. 7.ª, 85/2010, de 31 de marzo, a conferirle cierto grado de sustantividad propia.

El art. 618.2 no se decanta explícitamente por el establecimiento de un **presupuesto de perseguibilidad** para la persecución penal de dicha falta, como sí se hace respecto de determinados tipos veniales. Pero existe un poderoso argumento de peso que nos llevaría a dicha interpretación: Si el art. 228 del CP sí exige la denuncia por parte de la persona agraviada, sus representantes legales, o del Ministerio Fiscal, respecto de los delitos de abandono de familia e impago de prestaciones económicas de naturaleza familiar, y hemos defendido el carácter subsidiario de la falta del art. 618.2, incurriríamos en un auténtico contrasentido jurídico si pretendiéramos que el simple incumplimiento de la visita de un jueves puede propiciar la actuación de oficio o por participación de la *notitia criminis* por parte de la profesora de la guardería del niño, y no el absoluto abandono del menor por uno de sus padres.

## 2. Diferenciación con otros tipos penales

Ya hemos anticipado cómo buena parte de la razón de ser del art. 618.2 del CP se encontraba en la necesidad de superar la ineficacia de los tipos penales de la desobediencia para hacer frente a incumplimientos de deberes familiares, en concreto, los relacionados con el régimen de visitas, toda vez que la exigencia de la previa conminación judicial para el estricto cumplimiento del régimen de visitas burocratizaba y ralentizaba excesivamente cualquier intento de respuesta judicial en el ámbito penal, con miras a una actuación preventivo-especial. Por ello, la falta se configura como un tipo de mera actividad, de simple incumplimiento de deberes establecido en una regulación de Derecho de familia con la homologación o imposición de la *auctoritas* judicial. Será precisamente la no necesidad de previo requerimiento judicial<sup>(13)</sup> lo que permitirá establecer una clara frontera entre el

---

(12) Los arts. 224 y 225 bis del CP mantienen su correlación con la falta de infracción del deber de custodia del art. 622, no con la falta del art. 618.2, como posteriormente veremos.

(13) En este sentido, SSAP de Madrid, Secc. 4.ª, 46/2006, de 6 de febrero, y de Vizcaya, Secc. 6.ª, 645/2010, de 30 de junio.

delito o falta de desobediencia de los arts. 556 y 634 del CP y la falta del art. 618.2. Sin embargo, a la hora de enfrentarnos a una concurrencia de hechos punibles, cuando la desobediencia no fuera considerada de tanta gravedad como para integrar el tipo delictual, nos encontramos ante un paradójico concurso de normas, en el que el espectro penológico de la falta del art. 618.2 permite punir con mayor severidad (cabe la opción de pena de hasta 30 jornadas de trabajos en beneficio para la comunidad) a este tipo frente a la ofensa al principio de la autoridad del art. 634. Lo que debía suponer un plus de antijuridicidad por la abierta oposición no a una regulación judicial, sino a un mandato judicial, debería llevarnos, finalmente, por sancionar tal conducta como constitutiva de la falta del art. 618.2, aplicando el criterio de concurso de normas del art. 8.4.<sup>a</sup> del CP<sup>(14)</sup>.

Para encontrar la sutil diferencia con la falta de incumplimiento de régimen de custodia, sin embargo, hemos de acudir a criterios jurídicos extrapenales. El nivel de coincidencia alcanza hasta el punto de compartir parcialmente el verbo nuclear del tipo, pues la diferencia entre incumplir e infringir es esencialmente semántica<sup>(15)</sup>; el objeto del incumplimiento, que en este caso se expande más allá de las resoluciones propias del ámbito procesal del Derecho de familia, hasta alcanzar a todas las posibilidades jurídicas de regulación o restricción del régimen de custodia tanto procedentes de una autoridad judicial (en este caso serían claros exponentes no sólo las medidas cautelares en el ámbito de la violencia de género, sino también resoluciones judiciales en materia de acogimiento, por poner un ejemplo) como administrativa (en concreto, resoluciones dictadas al amparo de la función tutelar de la autoridad administrativa, en especial declaraciones de desamparo o medidas de protección); el sujeto pasivo, que vuelven a ser los hijos, en este caso sólo menores<sup>(16)</sup>; y el sujeto activo, que vuelve a ser un progenitor. La principal diferencia radica, realmente, en que el incumplimiento o infracción del art. 622 del CP alcanza específicamente al régimen de custodia, es decir, a la determinación de a cuál de los progenitores, persona o autoridad administrativa corresponden las obligaciones inherentes a la guarda y cuidado cotidianos de los menores. No es que, como ha defendido determinado sector jurisprudencial<sup>(17)</sup>, el sujeto activo sólo pueda serlo el progenitor que no ostente la guarda y custodia del menor; podría serlo también aquel que ostenta tal derecho-deber, por poner un ejemplo, la madre que ostenta la custodia de su hija podría cometer tal falta si la entrega temporalmente al padre, sobre el que pesa una suspensión del derecho de comunicación, para que cuide de ella mientras se va de viaje a su pueblo para estar unos días con su abuela. Realmente, en buena parte, este tipo penal se muestra como un tipo especial frente al nuevo art. 618.2, diseñado precisamente para cubrir las lagunas de atipicidad que dejaba aquél.

Sin embargo, pese a la aparente identidad de preceptos penales, las posiciones jurisprudenciales se han llegado a escindir en dos grandes bloques irreconciliables a la hora

---

(14) En contra, la SAP de León, Secc. 2.<sup>a</sup>, 31/2006, de 17 de marzo.

(15) En puridad, el concepto *incumplir* es más propio del derecho de obligaciones, mientras que la voz *infringir* obedece más a la esfera de las normas jurídicas; no obstante, la utilización indistinta de ambos conceptos es, sin duda, correcta.

(16) Se excluyen por tanto supuestos de patria potestad prorrogada del art. 171 del CC; y ello aunque el art. 94, párrafo primero, del CC incluya dentro del ámbito del derecho de relación del progenitor no custodio no sólo a los menores, sino también a los «hijos incapacitados».

(17) En este sentido, la SAP de La Rioja, Secc. 1.<sup>a</sup> 15/2010, de 3 de marzo.

de analizar la incorrecta aplicación de tipos por las acusaciones o juzgadores de instancia; y ello principalmente por razón de que el art. 622 no es sino un tipo venial gregario y subsidiario de la familia de los delitos de inducción al abandono de familia del art. 224 y de sustracción de menores del art. 225 bis. Una primera línea, efectivamente, niega la homogeneidad, amparándose en que el art. 622 tendría como objeto específico la protección de la atribución de la custodia frente a transgresiones de su regulación por parte del progenitor no custodio —SSAP de Jaén, Secc. 4.<sup>a</sup>, 46/2006, de 6 de febrero; de Alicante, Secc. 1.<sup>a</sup>, 9/2006, de 10 de enero, y 573/2005, de 6 de septiembre; de Madrid, Secc. 5.<sup>a</sup>, 334/2005, de 15 de septiembre; de La Rioja, Secc. 1.<sup>a</sup>, 15/2010, de 3 de marzo; de Badajoz, Secc. 1.<sup>a</sup>, 149/2009, de 22 de octubre; de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 6.<sup>a</sup>, 186/2009, de 7 de octubre, y de Barcelona, Secc. 21.<sup>a</sup>, 227/2009, de 30 de septiembre—. La segunda considera que la afinidad entre tantos preceptos es tal que incluso podrá respetarse el principio acusatorio, bien mediante la aplicación de oficio del art. 622 cuando se acusara por el art. 618.2, bien por mantener esta tipificación, al permitir el tipo más abierto de este último precepto buena parte de los supuestos de hecho que sanciona el art. 622 —SSAP de Madrid, Secc. 17.<sup>a</sup>, 520/2005, de 19 de diciembre, Secc. 1.<sup>a</sup>, 159/2006, de 22 de mayo, y Secc. 7.<sup>a</sup>, 807/2010, de 25 de octubre; de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2.<sup>a</sup>, 1011/2005, de 21 de octubre; de Guadalajara, Secc. 1.<sup>a</sup>, 117/2005, de 2 de agosto; de Córdoba, Secc. 3.<sup>a</sup>, 140/2009, de 21 de marzo; de Jaén, Secc. 2.<sup>a</sup>, 94/2010, de 28 de junio; de Tarragona, Secc. 4.<sup>a</sup>, 178/2010, de 15 de enero; de Barcelona, Secc. 3.<sup>a</sup>, 355/2009, de 11 de diciembre, y de Segovia, Secc. 1.<sup>a</sup>, 95/2009, de 14 de noviembre—. Personalmente me decanto por esta última línea; y más si tenemos en cuenta que el bien jurídico protegido en ambos preceptos, la protección penal del superior interés del menor, es esencialmente idéntico; que ambas faltas se ubican en el mismo título del Libro III del Código Penal, bajo el título de faltas contra las personas; y que en definitiva, la inmensa mayoría de los supuestos de aplicación del tipo del art. 622 tendrían cabida también en la falta del art. 618.2. Esa homogeneidad de hechos y bienes jurídicos protegidos respeta hasta sus últimas consecuencias el principio acusatorio.

### 3. El pretendido elemento normativo del tipo

La sola lectura del art. 618.2 del CP nos lleva intuitivamente a deducir que cuando el legislador está hablando de incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial dictada en procesos del ámbito del Derecho de familia, lo que hace no es sino introducir un elemento definitorio del tipo penal que trasciende de su propia redacción: un elemento normativo del tipo<sup>(18)</sup> de naturaleza extrapenal. La estructura de los delitos o faltas con elemento normativo parten de la base de que su descripción típica necesita complementarse con lo que definen o establecen otras normas jurídicas; cual sucede, por poner un ejemplo paradigmático de esta concepción, en el delito contra el medio ambiente del art. 325.1 del CP.

---

(18) Un ejemplo de resolución de Audiencia Provincial favorable a ver en el art. 618.2 del CP un elemento normativo del tipo puede encontrarse en la SAP de Huelva, Secc. 1.<sup>a</sup>, 77/2005, de 30 de junio, que establece una clara equiparación entre el incumplimiento *in genere* de una medida aprobada judicialmente y la acción de infringir una norma jurídica.

Esta dependencia del tipo a una norma de remisión encaja a la perfección, al menos estructuralmente, en la falta del art. 618.2 del CP. Pero resulta que cuando estamos hablando en puridad del elemento normativo del tipo, lo hacemos respecto de disposiciones de carácter general, respetuosas de un principio de jerarquía normativa que, por definición, serían excluyentes de actos administrativos, o de concretas decisiones de autoridades judiciales cuya desatención pudiera comportar la comisión de una infracción criminal, en las que la propia infracción en sí se convierte en el objeto del delito o falta. Sin embargo, pronto podremos constatar cómo realmente ese pretendido elemento normativo se encuentra a mitad de camino entre una disposición de carácter general objeto de posible incumplimiento y un concreto acto administrativo (en este caso, resolución judicial tendente a regular en el futuro determinados aspectos de una estructura familiar, que encajaría a la perfección en la acepción de normatividad<sup>(19)</sup> empleada en el Derecho Privado) objeto de infracción. Las resoluciones judiciales cuyo respeto ampara el art. 618.2 del CP son realmente resoluciones con vocación de permanencia en el tiempo y que tienden a regular y disciplinar determinados aspectos de relaciones de familia en que se muestra como elemento común la relación paterno-filial. En este sentido, resultaría incorrecto hablar de un elemento normativo del tipo por mucho que ambas situaciones respondan a una similar estructura. Realmente, la resolución judicial que homologa o impone determinadas medidas reguladoras propias del Derecho de familia se integra profundamente en el propio objeto de la falta, de suerte que si el incumplimiento de la obligación es la acción, lo incumplido, la regulación de familia, sería simplemente su objeto<sup>(20)</sup>. Pero esta cierta empatía de instituciones penales y extrapenales nos puede permitir llegar a interesantes conclusiones a la hora de analizar toda una serie de problemáticas que se suscitan a la hora de analizar este crucial elemento más objetivo que normativo de la falta del art. 618.2.

La norma reguladora a que se refiere el art. 618.2 del CP debe responder a las exigencias de concreción, no necesidad de interpretación y eficacia directa de sus disposiciones sin necesidad de complemento a través de declaraciones de voluntad de las partes o de una nueva decisión judicial<sup>(21)</sup>. Para que exista un incumplimiento de tal obligación familiar, éste debe representar una frontal oposición a una norma reguladora que contenga una concreta proposición normativa (*los martes y jueves de cada semana a la finalización del horario escolar*, como ejemplo de regulación del régimen de visitas). Si la norma se difumina en vaguedades (se establece un horario de invierno y de verano, pero no se define cuándo empieza uno y termina otro), o simplemente calla o no da respuesta a concretas contingencias (no se dice cuál debe ser el lugar de recogida y reintegro del menor,

---

(19) Los contratos normativos no son sino aquellos que tienden a regular o disciplinar el modo en que habrán de concurrir determinadas relaciones contractuales de futuro entre dos o más partes (se establecen precios máximos y mínimos para el suministro de determinados productos; o las circunstancias en las que el comprador deberá aceptar la oferta de venta de determinados productos perecederos por parte del vendedor). En el ámbito del Derecho de Familia gozarían en este sentido del carácter de contrato normativo unas capitulaciones matrimoniales en las que, por ejemplo, se estableciera un procedimiento concreto para la prestación del consentimiento para realizar determinados actos de disposición patrimonial respecto de bienes afectantes al patrimonio común de los cónyuges, o que siendo privativos tuvieran un importante interés o trascendencia para la economía familiar.

(20) En este sentido, la SAP de Pontevedra, Secc. 4.ª, 142/2009, de 28 de octubre.

(21) En este sentido, la SAP de Cáceres, Secc. 2.ª, 17/2006, de 15 de febrero.

o no se prevé nada para el supuesto de que la madre resida posteriormente en otra localidad que impida o dificulte seriamente el normal desenvolvimiento del régimen de visitas por parte del padre), no hay objeto de incumplimiento, y por tanto falta; pero igual sucederá si la norma reguladora es susceptible de interpretación y las partes se enfrentan a soluciones igualmente razonables (las vacaciones escolares se distribuyen por mitades y no se prevé nada sobre la contingencia de que entre el comienzo o el fin de las vacaciones haya un fin de semana, toda vez que tan coherente es establecer un concepto técnico-administrativo de período vacacional, como un concepto práctico o propio del lenguaje coloquial —a más días sin colegio, más vacaciones—. Por ello, podemos encontrar múltiples ejemplos de resoluciones judiciales que excluyen del tipo, y no solamente por posible inexistencia de dolo, contingencias de auténtica arregulación (*absentia clausulae*)<sup>(22)</sup> o de conflicto interpretativo (*exceptio interpretationis*)<sup>(23)</sup>; circunstancias estas que nos llevan irremisiblemente a la necesidad de un complemento o revisión de las normas reguladoras, bien por la vía convencional de la homologación judicial, bien por la vía contenciosa, o, en su caso, a la búsqueda de una interpretación judicial a través del trámite de ejecución.

Sin embargo, siempre podremos obrar con cierto margen de maniobrabilidad, cuando por las circunstancias de redacción de la norma reguladora pueda establecerse una interpretación o complemento de la duda o laguna, de suerte que pueda entenderse con facilidad cuál es la solución que podría predicarse de éstas, fundamentando en ello la posible existencia de incumplimiento y una actitud dolosa en el incumplidor. De hecho, los convenios reguladores y resoluciones judiciales defectivas deben ser siempre entendidos como normas de mínimos —art. 90 del CC<sup>(24)</sup>— que permitirán aportar soluciones a contingencias concretas siempre que de su espíritu pueda deducirse que aquéllas fueran expresión de la voluntad de las partes o del sentido de la decisión judicial. Lo que no podrá es dar valor de convenio al simple pacto o costumbre exteriorizada por las partes a la hora de dar respuesta a una concreta contingencia. La permisividad de uno de los progenitores o el simple pacto no homologado judicialmente no genera incumplimiento en los términos descritos en el

---

(22) En este sentido, las SSAP de Alicante, Secc. 1.ª, 693/2005, de 28 de octubre, y 698/2005, de 31 de octubre, en un supuesto de falta de regulación respecto de la estancia del menor en puentes festivos; las SSAP de Guadalajara, Secc. 1.ª, 1/2010, de 7 de septiembre, y de Sevilla, Secc. 1.ª, 15/2010, de 28 de enero, al no constar el lugar en que el menor debía ser recogido y reintegrado; o la SAP de Madrid, Secc. 17.ª, de 21 de diciembre, que en un supuesto de fijación de punto de encuentro familiar para las recogidas y reintegros del hijo común, no se establecía solución alguna para la contingencia de que por ser determinada festividad local el punto de encuentro familiar se encontrara cerrado; o la SAP de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 79/2009, de 30 de noviembre, que ve necesaria una modificación del régimen de visitas cuando la madre, sin que nada se lo impida en el convenio regulador, traslada su domicilio de Irún a Murcia.

(23) En este sentido, la SAP de Guipúzcoa, Secc. 1.ª, que considera que existe conflicto interpretativo por poderse entender que determinada cláusula de regulación de períodos vacacionales era o no aplicable a las vacaciones navideñas; o las SSAP de Granada, Secc. 2.ª, 587/2009, de 6 de noviembre, y 14/2010, de 15 de enero, referidas en general a la defectuosa identificación de períodos escolares; o a las fechas concretas de cumplimiento del régimen de visitas —SAP de Madrid, Secc. 1.ª, 305/2009, de 20 de octubre—; o la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, 550/2009, de 5 de noviembre, que trata una disparidad interpretativa sobre si las vacaciones escolares del hijo común debían computarse por las mensualidades de los meses de julio y agosto o debían tenerse también en cuenta los días no lectivos de los meses de junio y septiembre.

(24) En este sentido, la SAP de Huelva, Secc. 1.ª, 77/2005, de 30 de junio.

art. 618.2<sup>(25)</sup>; tampoco los supuestos de relativización del convenio por mutuo acuerdo o comportamiento tolerado por el otro progenitor<sup>(26)</sup>.

Lo que nunca debe olvidarse es que las normas reguladoras, bien convencionales o impuestas, son tributarias de las normas de derecho positivo y principios reguladores que han de inspirarlas. Los arts. 90 a 96 y 154 y siguientes del CC forman, queramos o no, parte del contenido obligacional de las normas reguladoras a que se refiere el art. 618.2 del CP<sup>(27)</sup>. Se trata, como posteriormente veremos, de normas de Derecho de familia que interaccionan derechos y deberes, y que son directamente aplicables, tanto a nivel de su normatividad ínsita, como de su fuerza expansiva a la hora de integrar e interpretar lo establecido en aquéllas. No es que a efectos de delimitación del tipo objetivo podamos suplir lagunas regulatorias con el mandato directo de la Ley, como si de valor de elemento normativo del tipo se tratara, propio del tipo delictual del art. 226.1 del CP; la falta del art. 618.2 requiere de una conexión directa con el convenio o decisión judicial de familia regulatorios; y si esta conexión no puede establecerse (v.g., el convenio guarda silencio, por poner un ejemplo, sobre el importe de la prestación alimenticia, o sobre el cargo de determinados gastos extraordinarios), nos enfrentaremos ante un incuestionable supuesto de atipicidad, de no merecer la conducta del sujeto pasivo, por su gravedad, una calificación delictual.

Este concepto de heterointegración de las normas legales con las normas reguladoras será una de las claves esenciales para decantarnos por la tipicidad de la conducta del progenitor no custodio que incumple el régimen de visitas establecido.

#### 4. El dolo en la falta del artículo 618.2 del Código Penal

Lejos de cualquier desproporcionado intento de buscar en la falta del art. 618.2 del CP un elemento subjetivo del injusto, el legislador se enfrenta al ámbito de la culpabilidad diseñándola como un tipo esencialmente doloso; dolo que en este caso es entendido como una voluntad deliberada y consciente de incumplir obligaciones contenidas en concretas disposiciones reguladoras de Derecho de familia. Tal voluntad incumplidora, en ocasiones teñida de un específico propósito o intención de obstaculizar o perjudicar las relaciones paterno-filiales<sup>(28)</sup>, presupone el conocimiento de la norma reguladora por parte de quien la infringe; por lo que la no previa notificación de ésta —SAP de Madrid, Secc. 17.ª, 320/2010, de 27 de septiembre— o la existencia de dudas o silencios que impiden imputarle tal cognoscibilidad —SSAP de Castellón, Secc. 1.ª, 161/2010, de 3 de mayo; de Santa

---

(25) En este sentido, la SAP de Castellón, Secc. 2.ª, 181/2010, de 6 de mayo.

(26) Ejemplo claro de ello serían los supuestos en que se varían los días o períodos secuenciales —fines de semana, alternos, regímenes vacacionales...— y no se consigue una ulterior normalización; como sucediera en el supuesto de hecho analizado por la SAP de Castellón, Secc. 1.ª, 161/2010, de 4 de mayo.

(27) En este sentido, la ya citada SAP de Huelva, Secc. 1.ª, 77/2005, de 30 de junio.

(28) SSAP de Huelva, Secc. 1.ª, 175/2005, de 16 de enero de 2006; de Jaén, Secc. 2.ª, 74/2010, de 31 de mayo; de Cuenca, Secc. 1.ª, 45/2010, de 30 de junio, y de Madrid, Secc. 4.ª, 261/2009, de 10 de septiembre. Por todas, la SAP de Sevilla, Secc. 1.ª, 714/2009, de 5 de noviembre, considera que la conducta punible ha de ir dirigida directamente «... a ignorar, obstaculizar o hacer ineficaz el cumplimiento de las obligaciones específicamente contenidas en el convenio o la resolución judicial».

Cruz de Tenerife, Secc. 5.ª, 550/2009, de 5 de noviembre, y de Madrid, Secc. 7.ª, 339/2009, de 9 de diciembre, entre otras—, excluyen el dolo.

Tal dolo es comúnmente equiparado con un incumplimiento voluntario<sup>(29)</sup>. Por ello, deben excluirse aquellos supuestos en los que el incumplimiento deja de ser responsabilidad de uno de los progenitores, en aplicación del principio general de la proscripción de la culpabilidad por hecho ajeno, como con acierto nos advierten las SSAP de Baleares, Secc. 2.ª, 18/2006, de 9 de enero, y de Madrid, Secc. 4.ª, 261/2009, de 10 de septiembre. En cuanto respecta al normal desenvolvimiento del régimen de visitas, el progenitor obligado debe poner todos los medios razonablemente a su alcance para favorecer el normal desarrollo del régimen de visitas; y ello comporta que puedan imputársele a este respecto conductas activas, en concreto una actitud favorecedora, por medio de la manipulación, del rechazo de la figura del progenitor no custodio por parte del hijo<sup>(30)</sup>, como pasivas, en concreto la simple dejadez, inactividad o desidia al constatar esa actitud negativa o no colaboradora del menor para con su otro progenitor<sup>(31)</sup>. Sin embargo, cuando el progenitor custodio pone de su parte cuanto razonablemente le es exigible, no sólo hemos de excluir la presencia del dolo, sino que incluso podríamos plantearnos la inexistencia de incumplimiento de su obligación familiar<sup>(32)</sup>.

## 5. El interés del menor como clave en la configuración del bien jurídico protegido

Desde un punto de vista de simple lógica contextual el encuadramiento de las faltas de los arts. 618.2 y 622 del Código Penal en un título del Libro III denominado «faltas contra las personas» genera un alto grado de confusión, si es que acudimos al natural impulso de relacionar estas faltas con los delitos de los que son secuelares, y que lejos de relacionarse con esta idea de la protección de la persona como motivo esencial del bien jurídico protegido, se estructuran bajo el concepto genérico de delitos contra las relaciones familiares, delitos contra los derechos y deberes familiares, de la sustracción de menores y del abandono de familia y de menores —Libro II, Título XII, Capítulo III, Secciones 2.ª y 3.ª—. Pero esta inserción de tipos relacionados con la protección de intereses jurídicos de menores arrastra incluso de la redacción originaria del Código Penal de 1995, que ya reconocía en su art. 618 el tipo de la denegación de auxilio a menores en situación de abandono —actual art. 618.1—, y presentaba una redacción del vigente art. 622 algo más ambiciosa que la actual<sup>(33)</sup>.

---

(29) En este sentido, SSAP de Toledo, Secc. 2.ª, 141/2005, de 12 de diciembre; de Barcelona, Secc. 3.ª, 253/2005, de 17 de noviembre; de Cuenca, Secc. 1.ª, 45/2010, de 30 de junio; de Valencia, Secc. 2.ª, 96/2010, de 9 de febrero.

(30) En este sentido, SSAP de Madrid, Secc. 4.ª, 240/2010, de 27 de julio; de Tarragona, Secc. 4.ª, 342/2010, de 1 de julio, y de Córdoba, Secc. 1.ª, 194/2010, de 9 de marzo.

(31) SSAP de Guipuzcoa, Secc. 3.ª, 97/2005, de 18 de julio; de Córdoba, Secc. 1.ª, 77/2005, de 30 de junio, y 194/2010, de 9 de marzo; de Tarragona, Secc. 4.ª, 447/2010, de 17 de septiembre; de Zaragoza, Secc. 3.ª, 134/2010, de 10 de junio; de Guadalajara, Secc. 1.ª, 35/2010, de 7 de junio; de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 39/2010, de 11 de mayo, y de Lleida, Secc. 1.ª, 444/2009, de 5 de noviembre.

(32) SSAP de Sevilla, Secc. 4.ª, 461/2010, de 11 de agosto; de Tarragona, Secc. 4.ª, 342/2010, de 1 de julio; de Alicante, Secc. 1.ª, 346/2010, de 7 de mayo; de Valladolid 486/2009, de 9 de diciembre, y de Madrid, Secc. 16.ª, 446/2009, de 9 de julio, y Secc. 17.ª, 190/2009, de 9 de julio.

(33) Tal planteamiento trae causa del Título III del Libro III del Código Penal de 1973, cuyo art. 584 recogía una amplia panoplia de infracciones propias del ámbito del Derecho de familia, en buena parte elevadas a la categoría de delito en la actualidad.

La razón de ser de esta aparente confusa asimilación de la falta del art. 618.2 del CP a tipos que centran el bien jurídico protegido en el concepto de persona, no es otro que el de considerar a ésta como el objeto último de la acción punible, estableciendo una concepción de la persona que va mucho más allá de su integridad física o psíquica e incluso moral. El hijo sujeto pasivo de la infracción, y más en concreto el menor sometido a patria potestad respecto de las infracciones de naturaleza no económicas sancionadas por dicho precepto, es visto como un objeto dinámico, en evolución o formación, que trasciende a la garantía del normal desarrollo del menor hasta que adquiere la madurez. Es el interés superior del menor, que inspira todo el articulado de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LOPJM—, por mandato de su art. 2.1, realmente el principio que inspira el bien jurídico protegido de la mencionada infracción, al igual que, en puridad, sucede respecto de la mayor parte de los tipos delictivos contra las relaciones familiares. Si extrapolamos esta idea al derecho-deber de relación paterno-filial, bastaría, de hecho, con traer a colación lo establecido en el art. 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, definiendo como uno de los derechos esenciales de todo niño que esté separado de uno o de ambos padres el de «... mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Esta idea de la protección del interés superior del menor, concebida como garantía de su normal desarrollo y del respeto de sus derechos emparentados con su entorno familiar, se ha convertido en un denominador común en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales; siendo claro exponente de ello, aunque con variados matices en su concepción, las SSAP de Huelva, Secc. 1.ª, 175/2005, de 16 de marzo, aunque prefiere hablar de evitación de situaciones de riesgos para el menor; de Madrid, Secc. 7.ª, 313/2010, de 18 de octubre, extendiendo también el ámbito protector al interés del progenitor no custodio; de Tarragona, Secc. 4.ª, 342/2010, de 1 de julio, que, con cita del art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, prefiere hablar de protección de la dignidad de los menores<sup>(34)</sup>; de Cuenca, Secc. 1.ª, 45/2010, de 30 de junio, considerando tal interés como evitación del perjuicio para el menor; de Las Palmas, Secc. 6.ª, 92/2010, de 14 de abril, residenciándolo en el régimen de guarda y custodia y de convivencia habitual, y de Sevilla, Secc. 4.ª, 675/2009, de 11 de diciembre, hablando tanto del interés como del beneficio del menor.

No faltan, sin embargo, posiciones jurisprudenciales que tratan de poner, sino en situación de igualdad, o al menos con una menor incidencia, la salvaguardia o respeto de la decisión de la autoridad judicial en forma de normas reguladoras como elemento integrante del bien jurídico protegido de dicha norma penal, defendiendo su carácter pluriofensivo —SSAP de Barcelona, Secc. 8.ª, 1219/2005, de 25 de noviembre; de Cuenca, Secc. 1.ª, 45/2010, de 30 de junio, y de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2.ª, 689/2009, de 9 de octubre—. Otras incluso se atreven a preterir el interés del menor en pos de una prevalencia del principio de la *auctoritas* judicial —SSAP de Guipúzcoa, Secc. 3.ª, 39/2010, de 11 de mayo, y de Madrid, Secc. 7.ª, 85/2010, de 31 de marzo, por poner algunos ejemplos—.

---

(34) En similares términos, la SAP de Barcelona, Secc. 7.ª, 390/2010, de 23 de abril, que añade un componente preventivo especial en la configuración del tipo: «... Desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de cosificación, de conversión en instrumentos arrojadizos de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, de los progenitores».

Pero realmente lo que menos interesa al legislador, al menos en mi modesta opinión, es que se respete o no la decisión judicial en forma de medidas reguladoras, como si de un tipo de desobediencia se tratara. Lo que sanciona la norma no es la ofensa o afrenta al principio de autoridad que representa la decisión judicial homologadora o impositora de unas determinadas normas de Derecho de familia. Su finalidad, no nos cansaremos de repetirlo, es la de cubrir determinadas lagunas de tipificación, elevando a determinadas categorías de incumplimientos de obligaciones familiares a la cualidad de faltas. La judicialización de las normas reguladoras de la crisis familiar es simplemente un elemento delimitador de qué conductas merecen la sanción penal, no un pretexto para generar un nuevo y heterodoxo tipo de desobediencia frente a disposiciones de naturaleza general que no trascienden del ámbito privado de una concreta estructura familiar.

Pero este genuino bien jurídico protegido, caracterizado por la salvaguardia del superior interés del menor, nutre de una especial dinamicidad y energía al tipo antijurídico, de suerte que se convierte en verdadero árbitro de comportamientos de los progenitores que, siendo aparentemente encajables en los tipos sancionados por el art. 618.2 del CP, quedarían exentos de reproche antijurídico al poder enarbolarse la salvaguardia del superior interés del menor como elemento excluyente de la antijuridicidad; y ello sin necesidad de acudir a causas de justificación más o menos estereotipadas. La presencia de una razón de peso para suspender ocasional o indefinidamente el ejercicio de determinados derechos-deberes de los progenitores, sean o no custodios, excluirá la antijuridicidad de la conducta por no afectación del bien jurídico protegido. Si ponemos el ejemplo del progenitor no custodio, evidentemente, si por razones laborales no puede ir a recoger a su hijo al colegio un martes por la tarde, el interés del menor quedará salvaguardado, toda vez que la pérdida de su puesto de trabajo podría generar en el menor un perjuicio mayor que el de no gozar de la compañía de su padre durante unas pocas horas. Pero en el supuesto del progenitor custodio, los ejemplos que en la práctica forense cotidiana se reiteran incesantemente son numerosos: temor serio a la existencia de malos tratos por parte del progenitor no custodio; existencia de una orden de alejamiento respecto de la madre u orden de protección acreditativa de un ambiente perjudicial para los hijos, al menos durante los primeros momentos de su vigencia; cuando concurren razones de peso en favor del interés familiar; y cómo no, el ejemplo clásico de la enfermedad del menor que le imposibilite desarrollar la visita en un entorno mínimamente favorable para su curación. En todos estos casos, sin embargo, se parte de la idea esencial de que ese especial interés debe ser el que prevalezca; no la comodidad, conveniencia o simple valoración subjetiva del progenitor custodio.

Entrando en la casuística, se ha considerado suficiente el temor fundado de riesgo para los hijos, no la simple suposición<sup>(35)</sup>; tampoco el temor de que los hijos sean sometidos a malos tratos<sup>(36)</sup>, o el temor a que el padre abandone el país con su hijo —SAP de Las

---

(35) SAP de Sevilla, Secc. 1.ª, 112/2010, de 18 de marzo, en un supuesto en que la madre no quería que el padre se llevara a los hijos en el coche por padecer un trastorno bipolar.

(36) En la SAP de Madrid, Secc. 17.ª, 326/2009, de 10 de noviembre, la actitud de una madre que había conseguido contra el padre una orden de alejamiento y no había una previsión específica de cómo realizarse las entregas y recogidas establecidas en punto de encuentro familiar; en similares términos, la SAP de Madrid, Secc. 4.ª, 302/2009, de 2 de octubre, en un supuesto en el que además de existir orden de protección los hijos habían exteriorizado una absoluta negatividad hacia la figura paterna. Sin embargo, la SAP de Granada, Secc. 2.ª, 488/2009, de 2 de octubre, se muestra exigente de la búsqueda de soluciones alternativas en caso de orden de protección, como pudiera ser la búsqueda de

Palmas, Secc. 1.<sup>a</sup>, 225/2005, de 14 de abril—. Pero tal temor ha basarse en indicios mínimamente serios, no en huera afirmaciones o hechos aislados o de escasa importancia<sup>(37)</sup>. También se ha considerado justificada la negativa al desarrollo de concretas visitas en supuestos de seria influencia negativa para los hijos por razón de la comunicación del padre constatada tras el desarrollo de comunicaciones anteriores<sup>(38)</sup>; que no la simple opinión de la madre no basada en hechos o informes mínimamente concluyentes —SSAP de Zaragoza, Secc. 3.<sup>a</sup>, 134/2010, de 10 de junio, y de Madrid, Secc. 29.<sup>a</sup>, 1/2010, de 8 de enero—. Se ha considerado comúnmente suficiente la acreditación de enfermedad, según nos sugieren, entre otras, las SSAP de La Rioja, Secc. 1.<sup>a</sup>, 133/2009, de 10 de diciembre; de Santa Cruz de Tenerife 713/2009, de 23 de octubre; de Tarragona, 276/2009, de 30 de septiembre; de Murcia, Secc. 2.<sup>a</sup>, 226/2009, de 9 de septiembre, y de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2.<sup>a</sup>, 549/2009, de 14 de julio. Pero la enfermedad debería tener un mínimo de seriedad como para considerar que es mejor para el interés del menor suspender temporalmente la visita<sup>(39)</sup>; con más motivo si la madre custodia ofrece al padre la posibilidad de posponer la visita para una fecha posterior, como nos sugiere la SAP de Zaragoza, Secc. 1.<sup>a</sup>, 237/2005, de 14 de septiembre. Debe tenerse en cuenta que no puede equipararse la enfermedad del menor a una baja laboral o escolar por enfermedad; si el progenitor no custodio puede facilitar al menor un ambiente favorable para la continuidad de la recuperación de su hijo (lo resguarda del frío, continúa su tratamiento, o lo lleva a su casa para que se encuentre igualmente cómodo), la simple existencia de una leve enfermedad común no puede convertirse en obstáculo para el ejercicio del beneficioso contacto entre padre e hijo; tanta obligación tiene el progenitor custodio de atender a su hijo ante la enfermedad como el otro progenitor. Por último, razones superiores de interés familiar, como el supuesto analizado en la SAP de Vizcaya, Secc. 1.<sup>a</sup>, 751/2005, de 25 de octubre<sup>(40)</sup>, pueden servir igualmente de clave para la no apreciación de la afectación del bien jurídico protegido.

### III. LA NATURALEZA MIXTA DEL DERECHO-DEBER DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

El Derecho de familia, con su finalidad eminentemente ética y transpersonalista, en palabras del ilustre tratadista LACRUZ BERDEJO, muestra marcadas diferencias frente al tronco común del derecho de obligaciones. En esencia, los derechos que emanan del ámbi-

---

personas de confianza que recojan y reintegren a los menores al domicilio familiar. Por su parte, la reciente STS, Sala Primera, 54/2011, de 11 de febrero, consideró ajustada a derecho una suspensión del régimen de visitas, basada precisamente en el ambiente familiar generado por el padre, con repercusión a los hijos, consecuencia del cual se concedió a la madre una orden de protección.

(37) En este sentido, las SSAP de Málaga, Secc. 2.<sup>a</sup>, 468/2005, de 26 de julio; de Salamanca, Secc. 1.<sup>a</sup>, 60/2006, de 24 de mayo, y de Barcelona, Secc. 10.<sup>a</sup>, 1094/2009, de 23 de noviembre.

(38) En la SAP de Sevilla, Secc. 7.<sup>a</sup>, 442/2005, de 21 de octubre, la madre constata un serio trastorno emocional en su hijo, detectado incluso por dictamen psicológico, tras la última visita, que incluso le lleva a presentar demanda de modificación de medidas.

(39) La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 5.<sup>a</sup>, 606/2009, de 15 de diciembre, habla de necesidad de cuidados especiales para justificar la no entrega del menor.

(40) Una madre debe realizar un viaje para hacerse cargo de una niña que va a adoptar y no tiene a nadie con quien dejar al hijo común con el otro progenitor.

to familiar del Derecho civil no responden al sencillo esquema de situaciones de poder de uno frente a posiciones de deber de otro o *erga omnes*, que no conocen más límite que el contenido material del derecho o la función social a la que determinados derechos deben responder. Los derechos familiares responden todos a una finalidad que los trasciende de este esquema común, cual es precisamente la protección del interés superior del grupo familiar, como estructura social esencial para la sociedad. Por ello, buena parte de las normas reguladoras del Derecho de familia son normas de derecho cogente, imperativas; y como tales no son renunciables, limitando el ámbito de la autonomía de la voluntad al respeto de estas normas y sobre todo del fin superior del interés de la familia; interés de la familia que, cuando entran en juego menores de edad integrantes de tal núcleo familiar estable o escindido, se torna en interés más específico dotado de una más férrea tutela legal. Por ello, viene comúnmente entendiéndose que en el ámbito del Derecho de familia no puede hablarse en puridad de derechos, sino a lo sumo de derechos-función<sup>(41)</sup>, o más correctamente de derechos-deberes. Con esta expresión no se pretende hablar de que a un determinado derecho le corresponda una concreta obligación (el padre debe estar en compañía de su hijo, aunque tenga derecho a ello, porque el hijo tiene a su vez el derecho de disfrutar de la compañía de su padre), sino que los derechos son conferidos por la ley para responder a una determinada finalidad específica, que bien puede ser la salvaguardia de ese superior interés o su concreción en determinados derechos reconocidos a otros miembros del núcleo familiar. Tan es así que un derecho del ámbito de familia solamente puede, y debe, ser ejercitado, para dar respuesta a ese deber correlativo, específico o genérico que recae sobre quien lo ejercita. Los derechos en el ámbito de familia se confieren, en buena parte, para permitir dar respuesta a las obligaciones, o más correctamente, deberes, para los que han sido establecidos. Ello supone que tanto el ejercicio incorrecto de un derecho familiar, como su no ejercicio que suponga una vulneración de concretos deberes inherentes a la integración al núcleo familiar o a la relación paterno-filial, suponen una infracción o incumplimiento de tales deberes, que, aparte de poder generar un derecho de los integrantes del núcleo familiar a reclamar su correcto ejercicio, podrá tener importantes repercusiones tanto en el orden jurisdiccional civil (suspensión o privación del derecho)<sup>(42)</sup>, como en el penal (comisión de alguno de los tipos penales, delictuales o veniales contra las relaciones familiares).

Ejemplos paradigmáticos de esta naturaleza ambivalente de los derechos familiares son los referentes a la relación paterno-filial cuando ambos progenitores no forman un núcleo convivencial con su descendencia común. El art. 154 del Código Civil marca las pautas de cómo debe desarrollarse la relación afectiva y personal entre padres e hijos; y lo hace a través de la institución de la patria potestad, sometida en todo caso en cuanto a su ejercicio al principio del interés de éstos, su beneficio, y a la procura de una educación y desarrollo integrales («... de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad

---

(41) En este sentido, SAP de Madrid, Secc. 17.ª, 355/2009, de 14 de diciembre. VERDERA IZQUIERDO, Beatriz («Cuestiones de derecho de familia ante la violencia de género», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47; abril-junio 2010, Editorial Lex Nova), prefiere hablar de derechos-deberes-funciones.

(42) Los supuestos de la privación de la patria potestad por incumplimiento de deberes inherentes a ella, o la suspensión del régimen de visitas por graves incumplimientos de lo establecido en la norma reguladora —arts. 170 y 94, párrafo primero, ambos del CC— son claro ejemplo de ello.

física y psicológica»). A partir de estos dos grandes principios inspiradores se despliegan los deberes y facultades que la relación paterno-filial trae consigo: «Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación íntegra». Aunque, pareciera que esta conjunción de facultades y deberes mantuviera un vínculo de inherencia con el ejercicio de la patria potestad, que en principio residirá en ambos progenitores o por uno solo, con el consentimiento expreso o tácito del otro —art. 156 del CC—, debe tenerse muy en cuenta que una cosa es la ostentación de la patria potestad y otra su ejercicio; y que en todo caso los deberes inherentes a ella definidos en el art. 154.3.1.º del CC no se pierden o desvanecen por el solo hecho de que un menor no conviva con uno o ambos progenitores. El derecho-deber de participar en el desarrollo de la personalidad del menor a través del contacto personal y afectivo es un derecho inherente a éste, aunque el menor no conviva con sus padres, como con tanta claridad nos recuerda el citado art. 9.3 de la Convención Universal de los Derechos del Niño. A su vez, tiene su claro correlato en el art. 160, párrafo primero, del CC, que establece un amplio derecho de relación a favor del progenitor no custodio; derecho que incluso alcanza a los padres biológicos respecto de sus hijos en situación de acogimiento, sin perjuicio de lo que dispongan las resoluciones judiciales que lo disciplinen —art. 161—.

En los supuestos de crisis, ruptura o simplemente inexistencia del núcleo familiar formado por ambos progenitores y la descendencia común, resulta inevitable que los hijos deban ser asignados a uno de los progenitores —custodia exclusiva—, o distribuidos en el tiempo —custodia compartida—. La concesión de la custodia, o guarda y custodia, no supone otra cosa que la encomienda a uno de los progenitores de la responsabilidad de hacerse cargo de la vida cotidiana de sus hijos menores de edad; es decir, compartir domicilio y convivencia, hacerse cargo de sus necesidades cotidianas y prestarles la atención que diariamente demandan. Es cuando tal función se distribuye en el tiempo entre ambos progenitores, en condiciones de paridad, cuando hablamos de custodia compartida. No es por ello custodia compartida cuando el progenitor no custodio se lleva a su hijo de vacaciones, cuando le corresponde según convenio regulador. El progenitor que no ostenta la guarda y custodia de su hijo cuenta, a su vez, con hasta tres instrumentos para dar cumplimiento con tal derecho-deber de relación e involucración en el correcto desenvolvimiento del proyecto de vida de su hijo: la comunicación no física, la visita y la estancia. La comunicación consiste en poder contactar con sus hijos a través de medios de comunicación electrónicos o epistolares cuando el contacto físico no es posible o no está regulado para un momento determinado; la visita, un contacto físico por breves períodos de tiempo, en días concretos, y generalmente sin pernocta (generalmente la visitas entre semana, a la finalización del horario escolar); las estancias, los períodos de tiempo más prolongados, generalmente con pernocta, que permiten al progenitor no custodio establecer vínculos de convivencia más profundos y duraderos. Precisamente, esta aparentemente sencilla diferenciación entre la custodia y formas de comunicación del progenitor no custodio con su hijo ha tenido su perfecto acomodo en el distinto tratamiento punitivo dispensado por los arts. 622 y 618.2 del CP, generando una abundante jurisprudencia que ha tratado de corregir el error padecido en este punto por las partes o el juzgador de instancia<sup>(43)</sup>.

---

(43) En este sentido, las SSAP de Madrid, Secc. 17.ª, 520/2005, de 19 de diciembre, y 40/2006, de 24 de enero; de Alicante, Secc. 1.ª, 9/2006, de 10 de enero, y de Valencia, Secc. 3.ª, 30/2010, de 20 de enero.

El CC se hace eco de esta distinción, cuando enfrentamos, ponemos en juego, sus arts. 90 y 94 y concordantes; y ello pese a que el art. 94, párrafo primero, parezca proclamar el derecho de relación, con sus hijos menores de edad, «... de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía», desde el punto de vista de la simple facultad de disfrute del progenitor, bajo su esfera de libertad [«El progenitor (...) gozará del derecho de visitarlos»]. Sin embargo, el art. 90.A) ya matiza dicha aparente excepción al régimen general de los derechos-deberes familiares, cuando dentro del contenido mínimo de todo convenio regulador incluye el «... régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos». El ambicioso concepto de goce del derecho de relación pierde fuerza, y más en un contexto en el que se relaciona el contenido mínimo de todo convenio regulador con el entresijo de derechos-deberes que disciplinarán la situación de crisis familiar. El precepto es en sí neutro; y no hace sino trasladar en bloque conceptos jurídicos propios de la relación paterno-filial —art. 154.2.1.º del CC—, a la nueva situación de limitación del régimen de custodia solamente a uno de ellos, por lo que no puede predicarse la transmutación de lo que es un deber-facultad, en simple derecho del progenitor, obviando el derecho recíproco del menor que impone el concreto deber de relación en su padre o madre con el que no convive habitualmente. La salvedad que se hace en el principio de la proposición normativa al «... en su caso...», no puede llevarnos a entender que el derecho de relación paterno-filial pueda ser renunciable o disponible. Salvo la concurrencia de causa de privación o suspensión de la patria potestad por grave incumplimiento de deberes familiares o sanción penal, los progenitores podrán negociar la extensión o forma de llevarse a efecto tal relación interpersonal, mas no la procedencia o no de su propia existencia; y ese acuerdo se encuentra siempre sometido al control jurisdiccional, en tanto en cuanto la autoridad judicial pueda considerar el pacto alcanzado dañoso para los hijos.

Un apoyo más consistente aún en la consideración de que el derecho de relación entre padre no custodio e hijo menor de edad no es una excepción a la teoría general de los derechos familiares como derechos-deberes, puede encontrarse en el art. 92.1; para el cual: «La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos». Si resulta que el cumplimiento de los deberes no resulta excepcionado por el hecho solo de la ruptura del núcleo convivencial, se comprenderá que lo que en sí es un deber deba mantenerse como tal, aunque sea, desde luego, adaptado a los medios y espacios temporales establecidos en la resolución judicial que homologue el acuerdo de las partes, o se imponga ante la falta de acuerdo de los progenitores. No puede verse en la imprecisa literalidad del art. 94 del CC una claudicación frente a un férreo régimen jurídico que vincula de forma inescindible derechos con deberes, y que condiciona a aquéllos con el cumplimiento de determinadas finalidades e intereses. Frente a esta posición reduccionista, incluso, se han mostrado especialmente beligerantes la STC 176/2008, de 22 de diciembre, seguida recientemente por la STS 54/2011, de 11 de febrero, quienes, no obstante constatar la realidad de la configuración de la relación entre progenitor no custodio con su hijo menor de edad, no tienen el menor reparo en recalcar que es el menor el titular de un derecho parangonable con éste, pero de superior relevancia, que solamente es entendible estableciendo en aquél un deber de relacionarse con éste<sup>(44)</sup>.

---

(44) «Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá

Incluso entrando a analizar de forma aislada al citado art. 94 del CC, es cierto que él mismo menciona por dos veces la voz *derecho* al regular tal régimen de visitas, comunicación y estancia del progenitor no custodio; la primera de ellas incluso enfatizada con el verbo *gozar*. Sin embargo, insistimos, la norma no tiene una ambición tal que permita perfilarla como una excepción incuestionable al régimen general. Es más, el propio art. 94 matiza su proposición inicial en el último inciso de su párrafo primero, cuando habla de la potestad del juzgador de limitar o suspender el ejercicio del derecho si «... se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». La norma habla en este último inciso de la otra dimensión del derecho: del deber de cumplimiento de tal régimen. Los deberes a los que se refiere no son otros que los relacionados con el contenido jurídico de la norma: la exclusiva regulación del régimen de visitas, estancia y comunicación. Aparte de la existencia de otras razones extrañas a la propia estructura convivencial, el incumplimiento grave a que hace referencia el último inciso del art. 94 del CC no puede ser, en principio, otro que el incumplimiento del régimen de visitas, tanto en el sí como en el cómo. Resulta inconcebible pensar que el más grave de los incumplimientos, el de no relacionarse con el hijo en los días y momentos establecidos en la resolución judicial, por ser ahora un derecho del padre, y no un derecho-deber, no pudiera ser sancionado con la suspensión o limitación del régimen de visitas, y sí por razón de incumplimiento de cualquier otro deber colateral establecido en la resolución judicial<sup>(45)</sup>. El art. 94 del CC, en redacción no precisamente afortunada, no hace sino describir una de las dos dimensiones de una misma realidad, institución jurídica, sin que de ello pueda extraerse la consecuencia

---

gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo “graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos». Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, «contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 (“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 (“En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño”); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (“Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”))».

(45) Es tradicional en la aplicación cotidiana del derecho por parte de sus destinatarios últimos el establecer una especie de vínculo de sinalagmaticidad entre el pago de las prestaciones alimenticias y el derecho de visitas (si no me pagas no ves a los niños el jueves que viene); pero no puede establecerse esta correlación mercantilista entre pago de prestaciones alimenticias y derecho de relación del padre con sus hijos. El abandono económico de la familia por parte del progenitor no custodio podría hipotéticamente fundamentar una restricción del régimen de visitas en tanto en cuanto dicho abandono suponga una dejación sería de los deberes de vela y cuidado del interés de los menores (piénsese en el padre divorciado que vive en la opulencia aunque mantenga una aparente situación de insolvencia, aún a sabiendas de que mantiene a sus hijos en una posición de casi indigencia); pero no porque no se pague determinadas cantidades de dinero, y más en situación de estrechez económica, puede acudir a la vía de hecho de restringir unilateralmente el régimen de visitas.

de que lo que es un derecho-deber se reduzca a simple facultad del progenitor eximida de los concretos deberes que le son consustanciales. Habría hecho falta una expresión más tajante en el precepto para llegar a tal conclusión. Al menos en mi modesta opinión, la enfática utilización por el legislador del concepto derecho para definir el régimen de relación paterno-filial correspondiente al progenitor no custodio parte de la idea de ponderar la necesidad de la existencia y mantenimiento de un fluido contacto entre éste y su descendencia, como imprescindible instrumento para garantizar un normal desarrollo personal y emocional de sus hijos.

Pero más concluyente resulta aun el tenor literal del art. 103.1.<sup>a</sup> del mismo texto condicional, cuando al regular, con carácter provisional o previo, el régimen de guarda y custodia nos habla de «Determinar, [...] la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía». El mantenimiento del deber de relación, en sus variantes de visita, comunicación y estancia, permanece inalterado durante la tramitación de la causa matrimonial, es evidente; pero de ello debe extraerse la consecuencia de que lo que es deber durante la tramitación judicial del conflicto no puede convertirse en simple derecho del progenitor cuando se dicta la sentencia de separación, nulidad o divorcio. Nada cambia; la relación se mantiene, y simplemente el derecho-deber se adapta a la nueva realidad de que uno de los progenitores va a dejar, o ha dejado ya, de convivir con sus hijos, por lo que su relación pasa a estar regulada por una concreta resolución judicial.

Retomando la cuestión desde el punto de vista dogmático resulta poco ortodoxo pensar que podrían definirse categorías de derechos cuyo simple no ejercicio pudiera llevar aparejada la sanción, por decisión judicial, de la pérdida, restricción o suspensión de su ejercicio. Existen ciertas categorías de derechos reales, asociadas a lo que ha venido a denominarse como su función social, sometidas a una exigencia de uso concreto —aprovechamientos urbanísticos, fincas manifiestamente mejorables en la postergada legislación andaluza sobre reforma agraria,...—, cuya dejación sí podía acarrear determinadas consecuencias jurídicas —venta forzosa, expropiación del uso, arrendamiento forzoso,...—; pero el ejemplo del ejercicio del derecho de visitas, donde no existe esa contravención a la idea de la función social del derecho, no puede tener sentido en un contexto en el que el contacto, el cariño y el propio deber de vela del progenitor no custodio respecto de sus hijos, prácticamente se limita a las escasas horas que a la semana se reconocen para que uno y otros puedan estar juntos. Esa naturaleza del simple derecho o facultad, como ajena a una situación de deber, que un progenitor puede o no escoger, simplemente, no casa con la realidad jurídica a la que se puede enfrentar si no ejercita regularmente tal derecho: su pérdida o restricción. Sin embargo, si entendemos tal derecho como auténtico derecho-deber<sup>(46)</sup>, se comprenderá que tan grave sanción jurídica obedece a una razón poderosa, cual sería el incumplimiento de la relación paterno-filial como deber jurídico concreto impuesto por resolución judicial.

---

(46) En este sentido, por citar ejemplos recientes, mantienen esta posición VERDERA IZQUIERDO («Cuestiones de derecho de familia...», *op. cit.*, p. 72) y RUSÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga (*La privación de la patria potestad*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006 p. 174).

### IV. CONCLUSIÓN: LA RELEVANCIA PENAL DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DEL DERECHO/DEBER DE VISITA DE SUS HIJOS

Si contrastamos todas las argumentaciones doctrinales que hasta ahora hemos analizado con el tipo penal del art. 618.2 del CP, deberíamos llegar a la aparente conclusión de que la conducta del progenitor no custodio que incumple un determinado régimen de visitas establecido en resolución judicial en el ámbito del Derecho de familia sería perfectamente incardinable en el tipo penal<sup>(47)</sup>. Nos enfrentaríamos sin duda ante un incumplimiento de obligación familiar de norma reguladora establecida a favor de los hijos, y afectante, *prima facie*, al tipo antijurídico por incidir en una parte tan esencial del derecho de éstos como es el de relacionarse con el progenitor con el que no conviven. Sin embargo, un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, me atrevería a decir que hasta cierto punto mayoritario<sup>(48)</sup>, se muestra firmemente contrario a tal posición, acudiendo para ello a las tesis de considerar que penalizar incumplimientos de la regulación de la relación paterno-filial respecto del progenitor no custodio atentaría al principio de tipicidad, por cuanto que tal relación sería un derecho, y no una obligación de éste<sup>(49)</sup>; o entender que la escasa relevancia del hecho lo haría, en principio no merecedor de superar la frontera del principio de intervención mínima<sup>(50)</sup>.

Esta tesis que considera atípica la conducta del progenitor no custodio que no cumple con el régimen de visitas parte, precisamente, del análisis aislado del art. 94 del CC, el cual, como bien propone dicha línea jurisprudencial, es contemplado desde el punto de vista del progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores; y de esta concepción es de la

---

(47) En este sentido, pueden citarse los ejemplos, con más o menos vehemencia, de las SSAP de Baleares, Secc. 2.ª, 18/2006, de 9 de enero, y 354/2009, de 29 de diciembre; de Toledo, Secc. 2.ª, 141/2005, de 12 de diciembre; de Asturias, Secc. 8.ª, 183/2005, de 17 de noviembre; de Córdoba, Secc. 2.ª, 73/2008, de 28 de marzo; de Guipúzcoa, Secc. 2.ª, 2067/2010, de 24 de septiembre; de Huelva, Secc. 1.ª, 310/2009, de 10 de diciembre; de Madrid, Secc. 16.ª, 592/2009, de 18 de septiembre.

(48) Mis convicciones éticas y deontológicas me han llevado siempre a mantener en mi labor doctrinal la postura de no analizar ni menos someter a crítica jurídica resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales de mi entorno territorial más cercano; y más cuando hablamos de órganos jurisdiccionales cuyo cometido es precisamente resolver recursos contra resoluciones emanadas de mi dedicación profesional a la judicatura. Sin embargo, al menos en esta ocasión me he visto en la tesitura de hacer una excepción a tales convicciones, al constatar que buena parte del peso argumental de esta tesis aparentemente mayoritaria se residencia en la opinión, si no de la globalidad de la Audiencia Provincial de Córdoba, de buena parte de sus secciones e integrantes. De hecho, me he tomado la licencia de casi solicitar el *placet* de uno de sus más ilustres y reconocidos miembros, quien incluso llegó a animarme en mi empeño, facilitándome parte del material que he manejado para preparar este trabajo. Realizo el análisis crítico de tal posición desde el punto de vista estrictamente científico, y siempre sin dejar atrás el respeto y simpatía que me merecen los titulares de la Audiencia Provincial de Córdoba por la extraordinaria labor que están haciendo en la demarcación judicial de la Provincia de Córdoba.

(49) En este sentido, pueden citarse los ejemplos de las SSAP de Madrid, Secc. 17.ª, 628/2007, de 4 de septiembre, y 40/2010, de 24 de enero; de Cuenca, Secc. 1.ª, 67/2009, de 22 de octubre; de Vizcaya, Secc. 7.ª, 1006/2007, de 7 de diciembre, y de Córdoba, Secc. 3.ª, 5/2008, de 18 de enero, 14/2008, de 22 de enero, 336/2009, de 10 de diciembre y 59/2010, de 4 de marzo.

(50) En este sentido, aunque con alcance bilateral tanto respecto del progenitor custodio como del no custodio, pueden citarse los ejemplos de las SSAP de Cantabria, Secc. 3.ª, 51/2006, de 20 de marzo; de Badajoz, Secc. 1.ª 15/2010, de 28 de enero, y de Sevilla, Secc. 1.ª, 714/2009, de 5 de noviembre; y referido específicamente al padre que no ostentaba la custodia, la SAP de Jaén, Secc. 2.ª, 101/2009, de 7 de octubre.

que deduce que esta relación es para el progenitor no custodio potestativa, no imperativa o prohibitiva; consideración a partir de la cual llega a concluirse, por pura lógica argumental, que si el cumplimiento del régimen de visitas es potestativo, y no obligación familiar, para el progenitor no custodio, sancionar su no ejercicio sería actuar en demérito del principio de legalidad penal.

Tal vez, el error de enfoque que, a mi juicio, contiene la premisa mayor de tal argumento, radica en la errática expresión misma empleada por el legislador al definir el verbo nuclear del tipo: incumplir obligaciones familiares. A salvo prestaciones de naturaleza exclusivamente económicas atinentes al régimen económico matrimonial y sin trascendencia directa en el normal desenvolvimiento de ésta, la voz *obligación familiar* en Derecho de familia es, en puridad, un concepto incorrecto. Esa especial vinculación del derecho o deber con el fin superior del interés familiar que modaliza tanto las posiciones de poder como de deber en un entorno familiar hace que el concepto clásico civil de obligación sea en sí incorrecto. La obligación no es sino un vínculo jurídico entre dos personas que coloca en posición de poder a una de ellas —acreedor— y de deber a la otra —deudor—, y que permite a la primera, por mor del vínculo existente entre ambas, exigir a la segunda una determinada prestación o débito, y en su defecto acudir a su patrimonio a título de resarcimiento —responsabilidad—. Este esquema, propio de la teoría general de obligaciones y contratos, no es, simplemente, reproducible en las relaciones intersubjetivas propias del Derecho de familia; toda vez que frente a este esquema de posiciones de poder y deber que podría fácilmente apreciarse en determinadas situaciones jurídicas (el hijo tiene derecho a estar en compañía de su padre y el padre el deber u obligación de satisfacerle tal derecho), se superponen esos valores jurídicos superiores relacionados con el interés y finalidad a la que responden las relaciones familiares. No es que el hijo no tenga derecho a estar en compañía de su padre con el que no convive cotidianamente, sino que esta relación intersubjetiva tiene su razón de ser en el especial interés que la comunidad tiene en que el hijo desarrolle su personalidad en un ambiente favorable en el que las figuras paterna y materna son insustituibles.

Por lo tanto, resulta evidente que ese concepto de obligación familiar empleado por el legislador penal debe ser reconducido al concepto de deber o derecho-deber que caracteriza tal peculiar rama del Derecho civil, más allá de su ámbito estrictamente familiar. Resultará que en no pocas ocasiones la propia redacción de las normas reguladoras, bien convenios reguladores, bien resoluciones defectivas de la autoridad judicial, planteen serias dudas sobre la naturaleza de tal prestación relacional («El padre tendrá derecho a visitar y tener en compañía a su hijo menor de edad, los martes y jueves de 18:00 a 20:00 horas...»); pero no debe olvidarse nunca el carácter integrador de las normas reguladoras de la relación paterno-filial, que hace que, por una parte, tales normas reguladoras sean siempre complementadas por dichas normas y principios inspiradores y, por otra, que aquéllas nunca puedan establecer reglas que vayan en contra de éstas. En definitiva, por mucho que el tenor literal de un convenio regulador considere el régimen ordinario de visitas como potestativo del progenitor no custodio, su contenido vincula, como deber familiar, a salvo supuestos en que se establezcan unos mínimos vinculantes y unos períodos potestativos<sup>(51)</sup>.

---

(51) Por poner un ejemplo: Se establece como mínimo los fines de semana alternos, vacaciones por partes iguales, pero se establece en cuanto al régimen ordinario semanal la posibilidad de que el padre recoja al hijo del colegio y esté dos horas con él, por ejemplo, previo aviso, martes y jueves, cuando así le convenga o tenga disponibilidad.

Por otro lado, jamás podría acudir al principio de intervención mínima para considerar que el Derecho Penal no debería llegar a las puertas del cumplimiento de sus deberes de relación por parte de quienes no tienen atribuida la custodia de sus descendientes menores de edad. Tan grave es impedir el ejercicio del derecho de visitas al padre como no cumplir con tal deber quien tiene encomendado tal cometido. El bien jurídico protegido específico, el derecho del menor a relacionarse con sus padres, parientes y allegados, se ve igualmente vulnerado de una u otra forma, pues desde los dos frentes se puede estar cercenando tal derecho del menor a relacionarse con sus progenitores.

Desde el punto de vista de la posición de ambos progenitores, considerar que el sometimiento al tipo del art. 618.2 del CP afecta en este aspecto solamente al progenitor custodio y no al no custodio pondría al primero en una clarísima situación de desigualdad jurídica, que plantearía auténticos problemas morales de sometimiento al puro capricho del otro. El progenitor custodio, ante la amenaza de incurrir en infracción criminal, habría de estar en disposición de garantizar la entrega de la descendencia todos los días marcados, aun con el convencimiento de que el otro no cumplirá; pues siendo un derecho de este último, podría ejercitarlo cuando bien le placiera<sup>(52)</sup>. Se rompe la posibilidad de organizar la vida familiar de progenitor custodio e hijos, que deben estar a la espera de si viene o no el otro progenitor, sometidos a situaciones de auténtico desconcierto a nivel tanto afectivo como personal o laboral (cancelación de planes, permanencia en el domicilio a expensas de lo que decida el progenitor no custodio, restricción de movimientos del custodio con afectación incluso en su posible vida laboral,...). Tal solución interpretativa de la norma supondría ciertamente, y en no pocas ocasiones, la imposición de claras restricciones al normal desenvolvimiento de la vida privada familiar protegida por el art. 8.1 del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades públicas, en tanto en cuanto estaría imponiendo una innecesaria y desproporcionada restricción de movimientos y de decisiones de autogobierno del entorno familiar del progenitor no custodio que perderían su justificación, su razón de ser, si pudiera considerarse que éste puede disponer a capricho de tales franjas de tiempo establecidas para asegurar la relación personal con su descendencia<sup>(53)</sup>. Tales deberes de permanencia y disponibilidad solamente pueden entenderse en un contexto en el que el bien prevalente, el derecho de los hijos a relacionarse con su progenitor no custodio, no viceversa, impone a éste el deber de relacionarse con éstos en la forma establecida en la resolución judicial, a salvo razones que justifiquen su no cumplimiento.

En Córdoba, a 2 de abril de 2011.

---

(52) Pueden de hecho encontrarse resoluciones de Audiencias Provinciales que no excluyen de responsabilidad penal al progenitor custodio por el hecho de que el otro progenitor tenga por costumbre no acudir a recoger a sus hijos los días que les corresponde. En este sentido, la SAP de Valencia, Secc. 3.ª, 707/2009, de 23 de noviembre.

(53) No son pocas las ocasiones en que he podido enfrentarme a supuestos en los que el padre aprovecha la disponibilidad de sus hijos a los efectos del ejercicio de su derecho de visitas para imponer a la madre una especie de sumisión de clara connotación de género; de suerte que le impone la ignominiosa obligación de quedarse en su casa o acudir al punto de encuentro familiar todos los días marcados en las normas reguladoras, bajo la velada amenaza de verse denunciada, tras meses sin ver a su hijo, cuando tiene por bien acudir a verlo.



# VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. HIJOS QUE AGREDEN A SUS PADRES. ASPECTOS JURÍDICOS Y PRÁCTICOS

ARÁNZAZU BARTOLOMÉ TUTOR

*Asesora del Gabinete Técnico del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid*

ÁNGELES GARCÍA LLORENTE

*Abogada. Especialista en Derecho de Familia y Menores*

## RESUMEN

### **Violencia intrafamiliar. Hijos que agreden a sus padres. Aspectos jurídicos y prácticos**

Teniendo en cuenta un nuevo fenómeno en alza, cual es el incremento de agresiones tanto físicas como psicológicas de hijos hacia sus padres, las autoras tratarán de analizar la cuestión, aportando soluciones prácticas. Para ello, en primer lugar, trazarán a modo de introducción sus causas, características y tipología de estos menores; en segundo lugar, harán referencia y analizarán la nueva Circular 1/2010 emitida por la Fiscalía General del Estado sobre esta cuestión; para, finalmente, presentar a modo de conclusiones unas pautas de trabajo.

**Palabras Clave:** Violencia en la familia, agresiones de hijos a padres, soluciones prácticas.

## ABSTRACT

### **Intrafamilial violence. Children that attack their parents. Legal and practical aspects**

Taking into account a new up-and-coming phenomenon, that is, the increase of physical and psychological violence of children toward their parents, the authors will try to analyze the problem, contributing with practical solutions. For this purpose and by way of introduction they will first draw up the causes, characteristics and typology of these minors; second, they will refer and analyze the new circular resolution 1/2010 issued by the Government Prosecutor's office on this matter; to, finally, to enter by way of conclusions some working guidelines

**Key Words:** Violence in the family, children aggressions to their parents, practical solutions.

---

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN.

1. Definición.
2. Causas.
3. Características.
4. Tipología del menor y de sus conductas.

### II. TRATAMIENTO JURÍDICO.

1. Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes.
2. Estadística.

**3. Tipificación penal.**

**4. Especialidades del procedimiento de menores.**

4.1. Medidas cautelares.

4.2. Medidas en general.

4.3. Equipo técnico.

4.4. Menores de 14 años: Protección. Competencias de las Administraciones.

III. CONCLUSIONES.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

---

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, no es raro encontrar noticias en la prensa<sup>(1)</sup> en las que se alude a un nuevo fenómeno cual es el maltrato ejercido por los hijos contra sus padres. En ellas se apunta a que estas situaciones son reflejo de una sociedad más violenta y agresiva, una sociedad de «nuevos ricos», de una educación liberal más permisiva, de la falta de unos criterios educativos claros, del abandono de unos esquemas positivos de pedagogía y de unos ejemplos familiares coherentes y atractivos.

Incluso otros<sup>(2)</sup> apuntan al «padecimiento de un complejo de democracia», donde hemos avanzado y evolucionado de una manera muy rápida. Así, se han producido importantes cambios que han afectado a todos los aspectos de la sociedad española y que tienen mucho que ver con la autoridad en el seno de la familia (pasándose de una paternidad entendida desde el diálogo, la argumentación, el razonamiento y terminando siendo «colegas» de nuestros hijos). Todo ello ha aparejado que los derechos del niño y del joven hayan sido y son una bandera de las conquistas sociales, mientras que los deberes de los menores (inscritos en el artículo 155 del Código Civil, en adelante, CC) se han interpretado como algo del pasado y sin importancia.

Asimismo, los profesionales<sup>(3)</sup> interpretan que este ambiente de violencia se ha trasladado a todos los ámbitos de la vida: a la escuela (incluyendo el acoso escolar y la violencia

---

(1) Véanse los diarios *EL PAÍS*, 18 de agosto de 2010; *ABC*, 21 de septiembre de 2010 o *EL MUNDO*, 29 de octubre de 2010, donde distintos expertos se refieren a este fenómeno (v.g., URRA PORTILLO; PEREIRA; BERTINO; GARRIDO GENOVÉS o ROJAS MARCOS). En este sentido, son destacables la apreciaciones de URRA PORTILLO y GARRIDO GENOVÉS, que apuntan a que el hedonismo como filosofía de consumo vital (el desarrollo brutal del consumo, el deseo de obtener los bienes de ese consumo y la satisfacción de modo inmediato) coadyuvan a implementar este fenómeno (véase GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 32 y 144).

(2) CALATAYUD, Emilio: *La educación de los jóvenes. Una tarea social compartida*, Fundación Ecoem, Sevilla, 2009, pp. 52 y 55 a 58. En este sentido, el autor diferencia el padre pre-constitucional del post-constitucional, si bien entendiendo que ninguno de los dos extremos son buenos, ya que se ha pasado de ser esclavos de los padres a ser esclavos de los hijos.

(3) GISBERT JORDÁ, Teresa: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas. Pensión*

contra los profesores); a los medios de comunicación (televisión, cine, juegos, programas de ordenador); a sus relaciones personales, y a las relaciones familiares, bien como víctimas (indirectas o directas) o como agresores.

Muestra de todo ello son las Conclusiones de la Reunión sobre violencia doméstica de las Fiscalías españolas e iberoamericanas, celebradas en Madrid, en octubre de 2002, en las que se destaca que «una de las causas se puede circunscribir en una sociedad permisiva, que educa a los niños en sus derechos, pero no en sus deberes, así como el hecho de que hay padres que no sólo no se hacen respetar, sino que menoscaban la autoridad de los maestros, la policía o de otros ciudadanos cuando en defensa de la convivencia reprenden a sus descendientes»; la Consulta elevada a la Fiscalía General del Estado 3/2004, donde se va apuntando que «un hecho constatable es la incidencia en el ámbito penal-juvenil de los malos tratos familiares protagonizados por los menores»<sup>(4)</sup>; o los expertos del ámbito de la psicología y pedagogos que han acuñado a estas situaciones los términos del «**Síndrome del Emperador**»<sup>(5)</sup> o la del «**Pequeño gran dictador**»<sup>(6)</sup>.

Pero aun cuando se trata de un fenómeno minoritario (casi inexistente en la década de los noventa), ha empezado a aumentar a un ritmo preocupante a partir del año 2000, mostrando una clara tendencia al alza, y que incluso lo tildan algunos<sup>(7)</sup> de «una auténtica epidemia». De hecho, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009, las agresiones a los padres se duplican en los últimos dos años, con un aumento de 2.683 procedimientos, frente al ejercicio 2007, incrementándose en un 25%.

No obstante, si bien es cierto que las instituciones se muestran alerta por este incremento de situaciones violentas, los especialistas dejan entrever que ni siquiera esas cifras alcanzan a representar la realidad, ni son denunciadas, por vergüenza, o por desconocimiento de qué se puede hacer (como ocurre con las agresiones contra las mujeres no todos los casos ven la luz).

Pero, quizá, hay que hacer hincapié en que, si antes estos malos tratos eran un tema íntimo, privado, que no debía contarse a nadie, actualmente se ha superado este ámbito de la privacidad y los padres han comprendido que no siempre pueden solucionar el tema por sí solos, solicitando ayuda a la Administración y a las instituciones con competencia en la materia<sup>(8)</sup> y que se ha puesto de manifiesto recientemente con la Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, que comentaremos en este artículo.

Ello sin olvidar que, cuando dan el paso de denunciar a sus descendientes, se encuentran desbordados, derrotados, impotentes y culpables (al considerar que las agresiones

---

*compensatoria. Liquidación del régimen económico matrimonial. Guarda y custodia vs. patria potestad. Sustracción internacional de menores. Problemas penales en las crisis de familia. Conflictos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 363 y 364.

(4) Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes, p. 1.

(5) Empleado por GARRIGO GENOVÉS y ROJAS MARCOS.

(6) Término acuñado por URRRA PORTILLO y ROJAS MARCOS.

(7) GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Los hijos tiranos. El síndrome...*, op. cit., p. 23.

(8) GISBERT JORDÁ, Teresa: «Conflictos penales en relación con los hijos...», op. cit., p. 366.

denunciadas puedan ser consecuencia de una educación en exceso laxa, de un defecto de atención por su parte o de un incumplimiento de sus deberes como padres), junto con el dolor insoluble por denunciar a sus hijos<sup>(9)</sup>.

## 1. Definición

Podríamos definir este fenómeno como un proceso de violencia habitual dilatado en el tiempo y que, en sus primeras fases, se caracterizaría por conductas que no tendrían relevancia penal y que pondrían de manifiesto una situación de riesgo<sup>(10)</sup>.

Esta violencia se desencadenaría sin que fuera necesario un motivo concreto y especial. En la que, en ocasiones, una discusión trivial, al llevarle al hijo la contraria en algún deseo, daría lugar a su erupción.

Estos menores impondrían su propia ley en el hogar, buscarían revertir el orden jerárquico de la familia, recurriendo a todo tipo de violencia psicológica y/o física. Se caracterizarían por ser caprichosos, dar órdenes a los padres, siendo constantemente el centro de atención, serían desobedientes, desafiantes y no aceptarían la frustración. La dureza emocional crecería, consolidándose su tiranía, ante la falta de límites<sup>(11)</sup>.

## 2. Causas

De lo hasta ahora apuntado podemos concretar que todo ello es debido a<sup>(12)</sup>:

1. Una **sociedad permisiva** que educa a los niños en derechos, pero no en sus deberes, donde ha calado de forma equívoca el lema «no poner límites» y «dejar hacer».

---

(9) GISBERT JORDÁ, Teresa: «Conflictos penales en relación con los hijos...», *op. cit.*, p. 366.

(10) Véase <www.fiscal.es>: *Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, p. 4; URRA PORTILLO, Javier: *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas. Del hijo consentido al adolescente agresivo*, La esfera de los Libros, Madrid, 2007, pp. 321 y 322; o GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Los hijos tiranos. El síndrome del...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

(11) URRA PORTILLO, Javier: *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas. Del hijo consentido al adolescente agresivo...*, *op. cit.*, pp. 18 y 322, quien apunta que, en ocasiones, el comportamiento colérico de un niño, más allá de una simple patalata, hace temer una adolescencia conflictiva y quizá contribuya a aumentar un problema social serio: la violencia juvenil.

(12) GISBERT JORDÁ, Teresa: «Conflictos penales en relación con los hijos...», *op. cit.*, pp. 367 y 368; GARCÍA LLORENTE, Ángeles: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad o incapacitados. Maltrato de padres a hijos y viceversa», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas. Pensión compensatoria. Liquidación del régimen económico matrimonial. Guarda y custodia vs. patria potestad. Sustracción internacional de menores. Problemas penales en las crisis de familia. Conflictos*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 408; URRA PORTILLO, Javier: *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas...*, *op. cit.*, pp. 20 a 25; GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 32 a 34; *Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes...*, *op. cit.*, pp. 1 y 4; PEREIRA y BERTINA, en el diario *EL PAÍS*, de 18 de agosto de 2010.

2. Una **sobreprotección de los hijos o una actitud laxa**<sup>(13)</sup> que puede favorecer el que algunos adolescentes encuentren en la violencia y en la agresión las únicas formas contundentes e inmediatas de hacerse oír y de imponer su voluntad. Coadyuvado todo ello con una educación liberal demasiado permisiva, en la que los roles y la jerarquía se han borrado y donde la relación entre los padres e hijos está en pie de igualdad y las normas no se imponen, sino que se negocian.
3. **La preexistencia de otras agresiones** en el interior de la familia. Porque los agresores fueron ellos mismos víctimas de violencia o negligencia; o porque han sido testigos de acciones violentas de sus propios padres contra sus abuelos, parejas, etc.
4. **Una personalidad con rasgos agresivos y el entorno inadecuado** puede desarrollar en el adolescente trastornos de la personalidad de conducta antisocial (incapacidad para cumplir con las leyes y normas de la sociedad; engaño y manipulación; impulsividad, actuando sin pensar en las consecuencias; irritabilidad y agresividad; despreocupación temeraria por la propia seguridad o la de los demás; irresponsabilidad, huida de las obligaciones, y falta de remordimientos o sentimientos de culpa por haber herido, maltratado o dañado de alguna forma a otras personas).
5. La «**ausencia**» de la **figura del progenitor en el horizonte educacional del niño** (derivada de los horarios laborales excesivos que aparejan que el menor pase muchas horas solo sin control o que viva con estrés al tener unas agendas repletas de actividades extraescolares).

### 3. Características

En relación a las características, autores<sup>(14)</sup> de distintas disciplinas coinciden en apuntar que:

---

(13) En este sentido es interesante incluir el **Decálogo, dirigido a los padres, para formar un delincuente**, recogido en CALATAYUD, Emilio: *La educación de los jóvenes. Una tarea social...*, op. cit., pp. 15 y 16:

- «1. Comience desde la infancia dando a su hijo todo lo que pida. Así, crecerá convencido de que el mundo entero le pertenece.
2. No se preocupe por su educación ética o espiritual. Espere a que alcance la mayoría de edad para que pueda decidir libremente.
3. Cuando diga palabrotas, ríselas. Esto lo animará a hacer cosas más graciosas.
4. No le regañe ni le diga que está mal algo de lo que hace. Podría crearle complejos de culpabilidad.
5. Recoja todo lo que él deja tirado: libros, zapatos, ropa, juguetes. Así se acostumbrará a cargar la responsabilidad sobre los demás.
6. Déjele leer todo lo que caiga en sus manos. Cuide de que sus platos, cubiertos y vasos estén esterilizados, pero no vea que su mente se llena de basura.
7. Riña a menudo con su cónyuge en presencia del niño, así él no le dolerá demasiado el día en que la familia, quizá por su propia conducta, quede destrozada para siempre.
8. Dele todo el dinero que quiera gastar. No vaya a sospechar que para disponer del mismo es necesario trabajar.
9. Satisfaga todos sus deseos, apetitos, comodidades y placeres. El sacrificio y la austeridad podrían producirle frustraciones.
10. Póngase de su parte en cualquier conflicto que tenga con sus profesores y vecinos. Piense que todos ellos tienen prejuicios contra su hijo y que de verdad quieren fastidiarlo».

(14) GIBERT JORDÁ, Teresa: «Conflictos penales en relación con los hijos...», op. cit., pp. 367 a 369; GARCÍA LLORENTE, Ángeles: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad o incapacitados. Maltrato de padres a hijos y viceversa », op. cit., pp. 405, 407 y 408; URRÁ PORTILLO, Javier: *El pequeño dictador. Cuando*

1. Se trata de un **proceso dilatado en el tiempo** y que en sus primeras fases se integra por conductas que, aún no teniendo relevancia penal, ponen de manifiesto una situación de riesgo, que debe ser abordada en primer lugar desde los servicios sociales e instituciones de protección de menores.
2. Se ha constatado que este tipo de violencia **se da en todas las familias**, en todas las categorías socioprofesionales, económicas, sociales y religiosas. Si bien, es cierto que, en principio, los padres que tienen más habilidades sociales y medios económicos tardan más en acudir a la Justicia para resolver sus problemas familiares, porque intentan soluciones privadas y porque son más reacios a denunciar a sus hijos, entendiéndolo que «la justicia es para los pobres».

No obstante, hay que destacar que **el mayor número** de casos se contabiliza en familias de **clase media y alta**. Y es que, «este tipo de violencia no prolifera tanto en niños de familias marginales por una sencilla razón. Si el niño marginal le pega a su padre, éste responde con dos tortas, mientras que el padre dialogante no lo hace»<sup>(15)</sup>.

3. Mayoritariamente nos encontramos con un **menor varón** (sólo una de cada diez veces es chica), **de 14 a 16 años**, y que **agrede principalmente a la madre**, aunque haga insostenible la convivencia de toda la familia.

Mientras los niños son más violentos, las niñas se muestran más «retorcidas».

4. En la mayoría de los casos se trata de menores que no suelen cometer otro tipo de infracciones como delitos contra la propiedad (robos o hurtos de uso), ya que sus actitudes más habituales son desplantes, amenazas, fugas de domicilio, absentismo escolar o bajo rendimiento escolar.
5. Otros presentan **trastornos mentales, de personalidad, de comportamiento** (relacionados con déficit de manejo de la demora de los impulsos, del autocontrol, del reconocimiento de la autoridad, y del aprendizaje del mundo de los valores, intolerancia a la frustración, omnipresencia del pensamiento, o percepción de un yo grandioso), y que **a veces se ven agravados por los conflictos propios de la adolescencia y por el consumo de alcohol y otras drogas**.
6. En muchos casos se trata de **hijos adoptados** que —además de los problemas propios de cualquier adolescente, a determinada edad— cuando descubren o redescubren que son adoptados se les plantean muchos conflictos y parece que «no les perdonen» a sus padres el hecho de su adopción. A ello se suma que el sentimiento de no pertenencia al 100% de manera biológica permite al joven exigir más, demandar más, aprovechando las dudas de algunos padres que se sienten con menos fuerza moral para educar, mostrándose, en ocasiones, excesivamente condescendientes.

---

*los padres son las víctimas...*, op. cit., pp. 332 a 335; *Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes...*, op. cit., p. 3; CALATAYUD, Emilio: *La educación de los jóvenes. Una tarea social...*, op. cit., p. 63; GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Los hijos tiranos. El síndrome del...*, op. cit., pp. 17, 87 y 89; DE LAS HERAS, Javier: *Rebeldes con causa. Los misterios de la infancia*, Espasa-Calpe, SA, Madrid, 2001, p. 4.

(15) CALATAYUD, Emilio: artículo publicado en el diario *ABC* de 30 de enero de 2005.

7. También se aprecia en bastantes casos de **hijos de padres separados**. Bien porque el proceso se formula de manera que resulta muy dañino para los hijos; por los reproches que el hijo escucha de cada uno; o el hecho de que el progenitor no custodio vea al hijo sólo los fines de semana en tiempos de ocio, mientras que el custodio tiene que bregar con el aseo personal, estudios, etc., lo que ocasiona, en algunos casos, que los hijos intenten sacar provecho de ciertos aspectos de la nueva situación.

#### 4. Tipología del menor y de sus conductas<sup>(16)</sup>

De todo lo apuntado nos encontraríamos ante:

1. **Hijos hedonista-nihilistas**, cuyo *leitmotiv* es «primero yo y luego yo», que entienden que la obligación de los padres es alimentarlos, lavarles la ropa, dejarles vivir y subvencionarles todas sus demandas.
2. **Hijos patológicos** con una relación amor/odio madre/hijo, con equívocos más allá de los celos edípicos.
3. **Hijos con violencia aprendida** desde la observación.
4. **Hijos de padres separados**.
5. **Hijos adoptados o acogidos por familiares**.

Y cuyas conductas podrían ser:

1. **Conductas tiránicas**: buscan causar daño y/o molestia permanente, utilizando la incomprensión como axioma. Amenazan y/o agreden para dar respuesta a un hedonismo y nihilismo creciente. Eluden responsabilidades, culpabilizando a los demás.
2. **Utilización de los padres**: bien como si fueran padres en «usufructo» o como «cajeros automáticos».
3. **Desapego**: transmiten a los padres que no les quieren.

## II. TRATAMIENTO JURÍDICO

### 1. Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes

Como ya hemos avanzado, estamos ante un fenómeno en alza, que preocupa y mucho. Y, que ha pasado de considerarse una cuestión meramente privada a tratarse desde el ámbito público. Pero, que no sólo ha de tratarse desde un punto de vista represivo, sino también

---

(16) URRÁ PORTILLO, Javier: *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas...*, op. cit., pp. 19, 336 y 337.

preventivo, desarrollándose programas de carácter extrajudiciales, para lo que es fundamental<sup>(17)</sup>:

1. La identificación precoz de comportamientos disociales, que pueden ser corregidos a tiempo.
2. El apoyo a la familia para que sea más capaz de educar en valores y comportamientos saludables.
3. El fomento de la corresponsabilidad social en una tarea, la prevención de los comportamientos disociales, que es de todos.
4. La creación de recursos específicos necesarios para el tratamiento de los delitos menores, que eviten que surja la sensación de impunidad por falta de respuesta a los actos cometidos<sup>(18)</sup>.
5. La potenciación de políticas dirigidas a la juventud que generen alternativas a estilos de vida de riesgo.

Muestra de este cambio cualitativo es el contenido de la reciente **Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes**, que ha puesto el acento en esta cuestión, haciéndose eco de esta realidad, de la que estaba teniendo conocimiento desde su trabajo diario en los Tribunales de Menores.

En primer lugar, es de hacer notar que no sólo se ha tratado de establecer una serie de pautas de actuación, sino que, además, ha apuntado la necesidad de hacer un especial hincapié en la necesidad de seguir unas pautas de carácter preventivo e informador a las propias familias.

Para ello, trata de escudriñar sus causas, sus características y las fórmulas de abordaje.

Pero, de tal manera preocupa a la Fiscalía esta cuestión que da órdenes a sus Fiscales, concedores de que no es infrecuente que los ascendientes acudan a la Fiscalía sólo en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia y judicializar el conflicto, para que dispongan y den información a estos padres de los distintos Programas previstos al efecto por las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

E, incluso, yendo más allá esta Circular prevé que en el caso de que un menor de 14 años sea denunciado, pese a su exención legal de responsabilidad penal, habrá que tenerse en cuenta los hechos cometidos, dado que pueden constituir indicios en los que se puede inferir un importante factor de riesgo, que deberá atenderse desde el sistema de protección con la idea de que las intervenciones precoces son siempre más eficaces.

Finalmente, esta Circular aborda las distintas fases del procedimiento a seguir, realizando una serie de puntualizaciones dirigidas a la actuación de los Fiscales, tendentes a

---

(17) GARCÍA LLORENTE, Ángeles: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad o incapacitados. Maltrato de padres a hijos y viceversa », *op. cit.*, p. 406.

(18) Téngase en cuenta el Programa de Intervención en Maltrato Familiar (PIMFA), desarrollado desde 2007 por la Agencia de Reeducación y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid, en el Centro «El Laurel».

adecuar las medidas previstas en la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor, y que a continuación trataremos.

### 2. Estadística

Pese a que las estadísticas suelen ser poco fiables, especialmente en esta cuestión, pues no siempre se distingue al hablar de malos tratos si es de padres a hijos o al revés, y muchos casos de malos tratos se enmascaran como lesiones, agresiones, insultos, amenazas y otros tipos delictivos diversos, sí podemos constatar a través de una serie de datos que **es evidente el aumento considerable de esta violencia**.

**La memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009** muestra un incremento de la violencia familiar y constata que las **agresiones de hijos a padres se han duplicado en los últimos dos años**.

En la misma Memoria de 2009, la Fiscalía ha detectado cierta resistencia de las administraciones autonómicas a asumir la tutela y guarda de adolescentes denominados «problemáticos», debido muchas veces a la ausencia de recursos económicos y otras por el riesgo de asumir responsabilidades derivadas de su comportamiento.

**Muchos de los menores residentes en centros terapéuticos son adolescentes cuyos padres incapaces de abordar el trastorno conductual de sus hijos, y ante la inexistencia de recursos educativos o sanitarios, acuden a los servicios sociales.**

En este mismo orden de cosas, **el 25% de los padres se reconoce «desbordado»** a la hora de educar a sus hijos. Según los estudios realizados por la Federación Internacional para el Desarrollo de la Familia, en el medio centenar de países donde trabaja esta Federación, los padres deben afrontar situaciones que superan sus posibilidades, como la dificultad de conciliar el horario laboral y familiar, la atención a familiares mayores y enfermos, etc.<sup>(19)</sup>.

### 3. Tipificación penal

**La tipificación penal de determinadas conductas atentatorias contra diversos bienes jurídicos es la primera protección que tienen todas las víctimas**, por el efecto disuasorio que debe ejercer en la sociedad la pena impuesta a los autores de los delitos y de prevención de la repetición de éstos.

Por ello la primera medida penal para prevenir la existencia de la violencia es tipificarla como infracción mediante su inclusión y descripción en el Código Penal (en adelante, CP) como una de las conductas que la sociedad rechaza, y por la que castiga al que la realiza.

La violencia familiar y doméstica está incluida en el Código Penal y puede constituir diversas infracciones penales.

El hecho más grave, caso de que el menor atentare contra la vida de sus progenitores podría cometer un **delito de homicidio o de asesinato**.

---

(19) ROBBEN, Mariana, Presidenta de la Federación Internacional para el Desarrollo de la Familia (IFFD).

El artículo 138 del CP protege la vida humana al castigar con pena de prisión de diez a quince años como reo de **homicidio** al que matare a otro, pena que se eleva al castigar en el **artículo 139 del CP** con pena de prisión de quince a veinte años, como reo de **asesinato** al que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.º Con alevosía.
- 2.º Por precio, recompensa o promesa.
- 3.º Con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido.

Por otra parte, **los artículos 147 a 156 del CP** se refieren a las **lesiones**, partiendo de un tipo básico, previendo una atenuación, atendiendo a la menor gravedad del medio o resultado y agravaciones en consideración a los medios, formas o mayor necesidad de protección del sujeto pasivo, o bien en atención a las secuelas, de tal forma que puede considerarse como lesión **«cualquier perturbación de la salud física o psíquica de una persona, transitoria o permanentemente, o de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio, sin ánimo de producir la muerte»**.

Los atentados contra la integridad o la salud se castigan en los artículos 147 y siguientes que fueron modificados por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

**La Ley Orgánica 11/2003**, por un lado, intenta dar respuesta a la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, es decir, a la delincuencia profesionalizada y habitual, y, por otro, **intenta disuadir de la comisión de los delitos relacionados con la violencia doméstica**. Para ello presta especial atención a estos delitos, a fin de lograr que el tipo delictivo, donde se describe la acción concreta que se penaliza, alcance a todas las manifestaciones de la violencia doméstica y para que su regulación cumpla sus objetivos en sus aspectos preventivos y represivos.

En primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

En segundo lugar, respecto de los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde, cuando lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

El artículo 147 del CP, en su actual redacción, señala que el que, por cualquier circunstancia o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 del CP, que es el que castiga las faltas de lesiones.

El artículo 148, modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que la pena será de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido.

1. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica del lesionado.
2. Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía
3. Si la víctima fuere menor de 12 años o incapaz.
4. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere, o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
5. Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El artículo 149 también ha sido modificado por la LO 11/2003 y señala que cuando se cause a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.

La pena será de tres a seis años cuando se cause a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad.

La nueva regulación supone que la comisión de hechos castigados como faltas en el Código Penal se convierten en delitos cuando la víctima sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento, o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, o personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Se castigan no sólo las lesiones causadas a las personas nacidas sino también a los fetos, al establecer el artículo 157 que se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados por tiempo de dos a ocho años, al que por cualquier medio o procedimiento causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en él una grave tara física o psíquica.

Si los hechos se produjeran por imprudencia grave serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco meses, o multa de seis a diez meses.

Pero los malos tratos no sólo pueden ser constitutivos de delito, sino que también se pueden cometer **faltas de lesiones**. El Código Penal en el artículo 617 castiga al que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito, con la pena de localización permanente de 6 a 12 días, o multa de 1 a 2 meses. Al que golpear o maltratare de palabra a otro, sin causarle lesión, con la pena de localización permanente de 2 a 6 días o multa de 10 a 30 días.

El artículo 620 del CP castiga con la pena de multa de 10 a 20 días a:

1. Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.
2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales.

**Los malos tratos también pueden ser constitutivos de los delitos de detención ilegal, secuestro, amenazas y coacciones.**

La detención ilegal se prevé en los artículos 163 y siguientes del CP al castigar con pena de prisión de cuatro a seis años al que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, pena que se eleva a prisión de seis a diez años en el caso de que se secuestre a una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, imponiéndose las penas en su mitad superior si la detención ilegal o el secuestro se han ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a las amenazas hay que señalar que el artículo 169 castiga al que amenazare a otro con causarle a él, a su familia, o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

#### **4. Especialidades del procedimiento de menores**

El procedimiento de menores presenta unas características singulares, que son las que determinan y justifican las especialidades del procedimiento frente al de adultos, así como las peculiaridades de los papeles asignados a las partes intervinientes en el proceso.

La característica más importante que distingue el procedimiento de menores regulado en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), del procedimiento penal de adultos es la naturaleza formalmente penal, pero materialmente **sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad**.

La responsabilidad penal de los menores de edad presenta un **carácter primordial de intervención educativa** que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que

determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable.

**El principio del interés del menor** está recogido a lo largo de todo el articulado y debe ser valorado con criterios técnicos por los correspondientes equipos formados por especialistas en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas como el principio acusatorio o el de presunción de inocencia. El interés del menor debe ser tenido en cuenta tanto en la instrucción como a lo largo de todo el procedimiento y en la ejecución de las medidas impuestas.

La ley señala que para la elección de la medida adecuada, tanto el Fiscal y el Letrado en sus postulaciones, como el Juez en la sentencia, deberán atender de un modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos por los equipos técnicos y las entidades públicas de protección y reforma de menores durante el proceso.

**El principio del interés del menor permite individualizar la respuesta sancionadora y educativa en función de la gravedad de los hechos pero sobre todo de las circunstancias personales, educativas, sociales y familiares del menor.**

Otros principios recogidos en la ley son los de **intervención mínima y de oportunidad reglada**, que permiten al fiscal desistir del expediente cuando los hechos denunciados constituyen delitos menos graves, sin violencia o intimidación a las personas, o faltas, siempre que no conste que el menor haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza (artículo 18).

En el caso de que el fiscal desista del expediente, y sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil, se dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores, para la adopción por ella de las medidas de protección oportunas.

Otra posibilidad de desistimiento por parte del fiscal, según lo que prevé el artículo 19 de la LORPM atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, que deberán ser constitutivos de delito menos grave o falta, y a la **circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.**

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa.

La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón.

En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

**La conciliación y mediación entre el menor infractor y la víctima es una alternativa al procedimiento judicial única y singular del procedimiento de menores y funciona muy bien en algunos supuestos de malos tratos domésticos, cuando el menor no precisa tratamiento terapéutico, pues permiten trabajar con el menor y los padres conjuntamente.**

La ley también establece el **principio de la responsabilidad del menor**, pues, según el artículo 5, los menores serán responsables con arreglo a la LORPM cuando hayan cometido un hecho punible y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal para los mayores de edad, que deberán ser apreciadas por el Juez en sentencia, regulándose así mismo el régimen de las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

No obstante a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP, es decir, que sufran cualquier anomalía o alteración psíquica que impida al menor comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, que el menor que se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia y los menores que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas señaladas en el artículo 7.1, letras d) y e), de la LORPM.

**Además de los citados, también rigen en el procedimiento de menores los principios acusatorios, el principio de solicitud de parte en la adopción de medidas cautelares, el principio de defensa, el principio de legalidad, el principio de resocialización, el principio de concentración procesal, el principio de desjudicialización, de intervención mínima y de oportunidad reglada, el principio de especialización de todos los intervinientes y el principio de supletoriedad normativa.**

#### *4.1. Medidas cautelares*

Cuando el expediente se ha incoado por un delito de malos tratos, con independencia de que el menor haya sido o no presentado detenido por la policía, cobra especial importancia la posibilidad de imponer al menor una medida cautelar desde el mismo momento de la denuncia o de su detención, lo que permite empezar a trabajar con él y con su familia de inmediato.

El Ministerio Fiscal cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, puede solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado (artículo 28 LORPM).

Las medidas cautelares sólo pueden ser acordadas por el Juez a instancia del Ministerio Fiscal, y son las siguientes:

- Internamiento en centro, en el régimen adecuado.
- Libertad vigilada.
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Para la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor, pero teniendo en cuenta que sólo podrá acordarse una medida de internamiento en régimen cerrado cuando se den las mismas condiciones que requiere la ley para su adopción de carácter definitivo.

El tiempo máximo de duración de la medida cautelar del internamiento será de **tres meses**, y podrá prorrogarse a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado por otros tres meses como máximo.

De las tres medidas que se pueden adoptar con carácter cautelar, las que más se aplican en la práctica son las de internamiento en los casos graves, bien por la gravedad y violencia del hecho, o por la gravedad de las circunstancias del menor, y la de libertad vigilada, en la que el menor está sometido a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que adquiera las habilidades, capacidades y aptitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social.

Además durante el tiempo que dura la libertad vigilada, el menor también deberá cumplir las obligaciones y prohibiciones que de acuerdo con la ley se le pueden imponer, y la que más se aplica es la prohibición de acercarse a su domicilio y de contactar con sus padres, hermanos o demás familiares víctimas de su violencia o agresividad.

La LORPM también hace una referencia específica a las medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad y señala que si en el transcurso de la instrucción queda suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquier otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del CP, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en la LORPM en sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar por los trámites de ésta, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en la ley.

#### *4.2. Medidas en general*

El artículo 7 de la LORPM efectúa una enumeración de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores; ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

- a) Internamiento en régimen cerrado.
- b) Internamiento en régimen semiabierto. Ocio.
- c) Internamiento en régimen abierto.
- d) Internamiento terapéutico.
- e) Tratamiento ambulatorio.
- f) Asistencia a un centro de día.
- g) Permanencia de fin de semana.
- h) Libertad vigilada.
- i) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- j) Prestaciones en beneficio de la comunidad.
- k) Realización de tareas socioeducativas.
- l) Amonestación.
- m) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza, o para uso de cualquier tipo de armas.

Se establece que las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada anteriormente, y el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total de las medidas viene regulada en los artículos 9 y 10 de la LORPM.

Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado en sus postulaciones, como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos, y en su caso de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme al artículo 28 de la ley.

El juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que se aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de ésta, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

No obstante, y pese a la flexibilidad señalada, la ley establece una serie de reglas para la aplicación de las medidas:

- 1.<sup>a</sup> Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de amonestación, permanencia de fines de semana, hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.
- 2.<sup>a</sup> La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando en la descripción y calificación jurídica de los hechos se establezca que en su co-

misión se han empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o integridad de las mismas.

- 3.<sup>a</sup> La duración de las medidas no podrá exceder de **dos años**, computándose a estos efectos, en su caso, el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá exceder los ocho fines de semana.
- 4.<sup>a</sup> En el caso de personas que hayan cumplido los **16 años** en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de **cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida**. En estos supuestos la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana.
- 5.<sup>a</sup> Excepcionalmente, cuando los supuestos revistieran **extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia**, el juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. **Se entenderán supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciare reincidencia, y en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas, así como los de asesinato u homicidio doloso y la agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del CP.**
- 6.<sup>a</sup> Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.
- 7.<sup>a</sup> Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de la ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e), de la misma.

### 4.3. *Equipo técnico*

El equipo técnico constituye una pieza fundamental para conocer y valorar el interés del menor desde perspectivas más amplias que la de la ciencia jurídica y que permite una adecuada individualización de las decisiones a adoptar respecto del menor.

Una vez incoado el expediente, y de manera obligatoria, el Fiscal deberá requerir al equipo técnico para que proceda a la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la ley.

Si el menor ya estuviere cumpliendo alguna medida, el informe se elaborará por el equipo técnico del centro donde el menor se encuentre cumpliendo la medida.

Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe o la actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de **diez días**, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la ley.

El equipo técnico también podrá proponer una intervención socioeducativa sobre el menor, poniendo de manifiesto, en tal caso, aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, con indicación expresa del contenido y finalidad de la mencionada actividad.

Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de la ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor.

El informe del equipo técnico podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.

Si el menor infractor estuviera sometido a tratamiento por un psiquiatra o psicólogo el Ministerio Fiscal de oficio o a instancia del letrado del menor puede solicitar a dicho profesional la elaboración de un informe que permita conocer con mayor exactitud la situación del menor.

#### *4.4. Menores de 14 años: Protección. Competencias de las Administraciones*

Una cuestión que no se nos puede pasar por alto es que el Procedimiento de Responsabilidad de Menores sólo se puede aplicar a los menores que hayan cumplido los 14 años y aún no tengan 18 en el momento de la comisión del delito. De ahí, que se haya de aplicar lo dispuesto en las normas sobre protección de menores (LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el Código Civil).

Sin embargo, a este respecto esta Circular 1/2010 hace hincapié en que, pese a la exención legal de responsabilidad penal, puede concurrir un importante factor de riesgo, a lo que el sentido del artículo 154 CC, *in fine*, recoge que *los padres en el ejercicio de su potestad podrán recabar el auxilio de la autoridad*.

Para ello el Ministerio Fiscal deberá remitir a la Entidad Pública de Protección de Menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996.

En este sentido, entendemos que una medida interesante sería la adopción de **la Guarda administrativa**, recogida en el artículo 19 de la LO 1/1996 y artículo 172.2 del CC.

Se trataría de una medida en virtud de la cual el menor quedaría a cargo de la entidad pública, por un tiempo determinado, a solicitud de los representantes legales del menor (guarda voluntaria) o por acuerdo judicial (guarda judicial), cuando aquéllos se vean en la imposibilidad de atenderlos por sí mismos o deseen ejercitar su *ius corrigendi* a través de la autoridad pública, que cuenta con la asistencia de un grupo de profesionales.

Sin embargo, en muchas ocasiones se puede constatar que los mecanismos previstos en el sistema de protección devienen ineficaces para el tratamiento de estos menores, de manera que, con frecuencia, estos comportamientos infractores no reciben ninguna respuesta, siquiera educativa, quedando en la más absoluta impunidad, lo que, sin duda, contribuye a propiciar el inicio en una escalada delictiva<sup>(20)</sup>.

A ello se une que cuando el menor infractor no está en situación de desamparo, su atención correspondería a los Servicios Sociales Municipales, en cuanto competentes en la tarea preventiva y de intervención en situaciones de riesgo, pero muchas veces estos servicios manifiestan que, aunque cuenten con programas preventivos, expresan su dificultad para que los menores participen de los mismos de manera efectiva, dado que unas veces las familias no pueden ser localizadas, o bien son citadas y no comparecen o, en el mejor de los casos, acuden a alguna cita pero después no continúan en contacto con los Servicios Sociales, o no cumplen las pautas que desde allí se les indican, sin que exista forma alguna de obligarles a hacerlo.

Por ello, se ha apuntado<sup>(21)</sup> que habría sido deseable que la última reforma de la LO 5/2000, al tratarse de una norma de carácter predominantemente educativa, hubiera incluido la obligatoriedad de aplicar medidas educativas a estos menores, garantizándoles, eso sí, un trato diferenciado e impidiendo con ello que estas infracciones queden en la impunidad.

Pero, dado que la ley penal, como se ha dicho, no hace mención a esta cuestión, se considera que podría ser un momento idóneo para abordarla la futura reforma de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

---

(20) GARCÍA LLORENTE, Ángeles: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad o incapacitados. Maltrato de padres a hijos y viceversa», *op. cit.*, p. 410.

(21) *Informes Anuales 2007 y 2009 del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid*, Ed. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Madrid, 2008 y 2010, pp. 108 y 114, respectivamente.

### III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, podemos concluir que, en primer lugar, parece que es fundamental la necesidad de trabajar con toda la familia en su conjunto, dado que es la educación de los padres la que debe fortalecer el desarrollo moral de los hijos y la actitud proactiva de los progenitores desde luego será determinante.

En segundo lugar, y dentro del ámbito preventivo, tanto los servicios sociales y los servicios de orientación de las escuelas deberán intervenir de manera inmediata, buscando soluciones extrajudiciales adaptadas al caso concreto. Así, en las legislaciones autonómicas podrían detallarse medidas preventivas y educativas como: la atención en determinados centros abiertos, talleres y demás servicios comunitarios; la atención en su propio entorno; la ayuda profesional que les facilite la inserción laboral; la atención psicoterapéutica y, como último recurso, el internamiento en un centro residencial, con medidas de contención que eviten las fugas de los menores y permitan el desarrollo de los programas educativos.

En tercer lugar, lo anterior llevaría al necesario desarrollo de unidades de atención especializada en el sistema de salud mental infantil.

En cuarto lugar, dejando como último recurso, la respuesta represiva (básicamente desde el sistema de responsabilidad penal de los menores), siendo importante la creación de recursos específicos necesarios para el tratamiento de los delitos menores, que evitarán que surja la sensación de impunidad por falta de respuesta a los actos cometidos.

Y finalmente, el fomento de la corresponsabilidad social en la prevención de los comportamientos, que, desde luego, es de todos.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

- CALATAYUD, Emilio: *La educación de los jóvenes. Una tarea social compartida*, Fundación Ecoem, Sevilla, 2009.
- DE LAS HERAS, Javier: *Rebeldes con causa. Los misterios de la infancia*, Espasa-Calpe, SA, Madrid, 2001.
- GARCÍA LLORENTE, Ángeles: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad o incapacitados. Maltrato de padres a hijos y viceversa», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas. Pensión compensatoria. Liquidación del régimen económico matrimonial. Guarda y custodia vs. patria potestad. Sustracción internacional de menores. Problemas penales en las crisis de familia. Conflictos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 402 a 412.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente: *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, Ariel, Barcelona, 2007.
- GISBERT JORDÁ, Teresa: «Conflictos penales en relación con los hijos menores de edad», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas. Pensión compensatoria. Liquidación del régimen económico matrimonial. Guarda y custodia vs. patria potestad. Sustracción internacional de menores. Problemas penales en las crisis de familia. Conflictos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 361 a 400.
- URRA PORTILLO, Javier: *El pequeño dictador. Cuando los padres son las víctimas. Del hijo consentido al adolescente agresivo*, La esfera de los Libros, Madrid, 2007.

Revista de

# Derecho de Familia

---

**JURISPRUDENCIA**

---



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## CUESTIONES PENALES

La decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la declaración testifical de la esposa e hija por no ser informadas de la dispensa de prestar declaración y que motivó la absolución del denunciado de los delitos de daños y amenazas de los que venía acusado, resulta desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad.

**Tribunal Constitucional, Sala 2.<sup>a</sup>, Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas**

### ANÁLISIS DEL CASO

Doña Eugenia presentó diversas denuncias contra Don Juan, padre de sus hijos, que dieron lugar a las diligencias previas núm. 709-2002 tramitadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Martorell y que, tras dictarse Auto de apertura de juicio oral, fueron remitidas al Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona.

El Juzgado de lo Penal dictó la Sentencia el 23 de mayo de 2006 en la que se contiene el siguiente relato de hechos probados: «Único.—De una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral han resultado probados y así se declaran los siguientes hechos: Don Juan, mayor de edad y sin antecedentes penales, en pleno proceso de separación de su esposa llevó a cabo los siguientes hechos: El día 16 de junio de 2002 sobre las 10,00 horas acudió al domicilio familiar sito en la calle [...] de la localidad de Sant Andreu de la Barca, donde tras registrar el domicilio se dirigió a Eugenia y exhibiéndole un cuchillo, que previamente había cogido del interior de una caja, le requirió la entrega de dinero, consiguiendo que la Sra. Eugenia le entregase una cantidad de dinero indeterminada y una tarjeta de crédito, ante el temor que los hechos le produjo al estar presente la hija común del matrimonio. El día 18 de junio de 2002 sobre las 14,30 horas el acusado acudió de nuevo al domicilio anteriormente indicado y encontrándose con la Sra. Eugenia en el ascensor la empujó al interior del mismo, haciéndola caer al suelo al tiempo que trataba de quitarle las llaves del coche. Como consecuencia de estos hechos la Sra. Eugenia sufrió contusiones en ambos brazos y en región cervical, que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, tardando en curar tres días, uno de los cuales se halló impedida para sus ocupaciones habituales. Sobre las 2,30 horas del día 19 de junio de 2002 el acusado se dirigió al parquin comunitario de la vivienda sita en la

calle Urgel donde pinchó las cuatro ruedas del vehículo Audi A-6, matrícula [...], propiedad de la Sra. Eugenia al tiempo que hacía suya la carátula del radiocasete y diversos discos compactos. Como consecuencia de tal acción el citado vehículo sufrió desperfectos que han sido pericialmente tasados en la cantidad de 560,26 euros. En fecha 21 de junio de 2002 el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Martorell dictó auto de alejamiento por el que prohibía al acusado aproximarse a Eugenia y a su domicilio y comunicarse con ella. Asimismo la Sra. Eugenia como legal representante de su hijo [A.], menor de edad en la fecha del 16 de junio de 2002, denunció que el citado día el acusado acudió a su domicilio y hallando en el interior del mismo a su hijo le golpeó causándole lesiones que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa. Tras la actividad probatoria no han quedado acreditados tales hechos».

El Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona absolvió a Don Juan del delito de violencia doméstica habitual (art. 153.2 del Código Penal) y de una falta de lesiones (art. 617.1 CP) de los que había sido acusado y le condenó como autor responsable de un delito de daños (art. 263 CP), de una falta de amenazas (art. 620.2 CP) y de otra falta de lesiones (art. 617.1 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de multa, por el delito de daños, un mes de multa, por la falta de lesiones, y diez días de multa, por la falta de amenazas, con una cuota diaria en todos los casos de seis euros y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al pago de la mitad de las costas procesales causadas en la instancia. Por vía de responsabilidad civil se le condenó a indemnizar a la recurrente en amparo en la cantidad de 560,24 euros por los desperfectos ocasionados en el vehículo de su propiedad, y en la cantidad de 1.000 euros por el período de sanidad de las lesiones sufridas y los daños morales ocasionados.

En grado de apelación, la Sec. 20.<sup>a</sup> de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 30 de octubre de 2006, en la que, modificando el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, estableció el siguiente relato fáctico: «el día 29 de junio de 2002, el acusado se dirigió al parquin comunitario de la vivienda sita en la calle [...], donde se encontraba el vehículo Audi A-6, matrícula [...], que figura a nombre de la Sra. Eugenia al tiempo que abrió el mismo con una copia de llaves e hizo suya la carátula del radiocasete y diversos discos compactos. No ha quedado acreditada la autoría de los daños del vehículo y tampoco de manera concreta a quién pertenecían los cedés y radiocasete que se encontraban en el interior del mismo.» La Sala, dictó Sentencia con el siguiente fallo: «Fallamos, Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don [J.P.V.], contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Barcelona, dictada en fecha 23 de mayo de 2006, en Procedimiento Abreviado número 129/2006 de los de dicho órgano jurisdiccional. Revocamos íntegramente la resolución dictada, y debemos absolver y absolvemos a Don [J.P.V.], de todos los delitos por los que vino condenado con todos los pronunciamientos favorables».

Doña Eugenia interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que declaró la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse pronunciado la mencionada Sentencia para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

**1. Base jurídica de la demanda de amparo**

En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), se aducen las siguientes vulneraciones del referido derecho fundamental.

a) Se sostiene, en primer término, que la demandante de amparo, con base en una interpretación rigorista y formalista de la legislación procesal, no ha obtenido de la Audiencia Provincial una respuesta a sus legítimas pretensiones respecto a la denunciada incongruencia omisiva en la que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal en relación con la no tipificación de los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de robo con intimidación y otro de robo con fuerza. En el recurso de apelación había quedado meridianamente claro cuál era la infracción alegada y la voluntad de la recurrente de que se subsanara el evidente error puesto de manifiesto. La Audiencia Provincial ha vulnerado con su respuesta la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sobre la finalidad de los requisitos procesales. Es obvio que, si lo que procede procesalmente es la nulidad de la Sentencia, que no del juicio, es lo que se está solicitando en el recurso, y el suplico del mismo debe ser integrado con el contenido de todo el recurso, sin que en ningún caso el pronunciamiento de la Audiencia Provincial implicara una vulneración del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ya que no estaría declarando una nulidad de oficio sino a petición de parte.

Asimismo, en conexión con el denunciado vicio de incongruencia omisiva en el que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal, se sostiene en la demanda que en ningún momento se concreta ni se fundamenta en la Sentencia de apelación la afirmación de que en el caso actual no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder estimar el motivo alegado. Esta falta de motivación hace que la demandante no sepa si la desestimación de sus pretensiones viene determinada por cuestiones formales, que considera

rigoristas, o de fondo, que califica de manifiestamente erróneas.

b) La Audiencia Provincial anula prácticamente la totalidad de lo practicado en la sesión del juicio oral por una supuesta vulneración del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), al entender que no se había advertido a la demandante de amparo y a su hija de la posibilidad y del derecho a no declarar contra el denunciado.

Tras reproducir el art. 416 LECrím, se afirma que la LECrím no contiene ningún mandato que obligue al Juez enjuiciador, distinto del instructor, a realizar la advertencia a la que se hace referencia en aquel precepto. Advertencia que en este caso sí se llevó a cabo por el Juez Instructor, respecto de quien está ejerciendo de forma voluntaria la acusación particular, que disponía de un Abogado que le informó de tales extremos, y, en fin, que tiene un interés concreto en que se enjuicien los hechos denunciados. No puede olvidarse que en la Sentencia del Juzgado de lo Penal se consigna expresamente que «la actividad probatoria, que se ha circunscrito esencialmente a la declaración de la denunciante y de los hijos del acusado, quienes haciendo uso de la facultad que les confiere el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han manifestado su voluntad de querer declarar» (Fundamento de Derecho primero).

De otra parte dicho argumento no fue alegado por la representación del acusado. En cualquier caso, aun en el supuesto de que no se hubiera informado del contenido del art. 416 LECrím, ello no supondría ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una simple potestad de los testigos en beneficio único de éstos, no de los inculcados.

c) La Audiencia Provincial, sin respetar el acertado y razonado criterio de la Sentencia de instancia, revoca ésta por dar plena credibilidad a la versión exculpatoria del acusado y considerar que los objetos que éste entregó a la policía eran de su propiedad, sin tener en cuenta que dichos objetos no fueron entregados, sino encontrados en el lugar de trabajo del acusado,

entre los que figuraban, además de la radio y los cedés, la varilla de aceite del coche y otros documentos y objetos personales de la demandante. Lo que evidencia la ubicación del acusado en el lugar de los hechos, así como su voluntad de menoscabar el patrimonio y la tranquilidad de la demandante.

De otra parte, en la Sentencia, al referirse al supuesto delito de robo con fuerza, se afirma que los hechos serían antijurídicos en virtud del art. 268 CP al no constar si la separación ese día era de hecho o legal, cuando el citado artículo no distingue entre una y otra separación.

Tales argumentaciones son arbitrarias e irracionales y, por ello, lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

d) En relación con el delito de violencia doméstica lo que la demandante de amparo pretendía con el recurso de apelación era que la Audiencia Provincial, con base en los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, valorase los razonamientos que había efectuado el Juzgado de lo Penal, pues se trataba simplemente de apreciar o no la habitualidad que en su momento exigía el art. 153 CP y que, a juicio de la demandante de amparo, concurría en los hechos declarados probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal.

Ello supone una vulneración del art. 24 CE, al no darse respuesta a lo que se pedía, que no era la revisión de la prueba, sino la calificación de los hechos probados.

Concluye la demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado dicha Sentencia. Por otro sí se interesó se librara el correspondiente oficio al Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de proceder a la designación de representante causídico para la demandante, beneficiara del derecho de asistencia jurídica gratuita.

### 2. Alegaciones del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en

fecha 1 de diciembre de 2009, que, en lo sustancial, a continuación se extracta.

a) En relación con la obligada declaración de nulidad de la Sentencia de instancia que debería haber acordado la Audiencia Provincial por el vicio de incongruencia omisiva en el que aquélla incurría a juicio de la demandante, el Ministerio Fiscal sostiene que la respuesta de la Audiencia no puede considerarse vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la imprecisión de la concreta pretensión deducida («subsanan en la forma que procesalmente establece nuestro ordenamiento») no permitía al órgano judicial conocer con la precisión debida cuál era la particular pretensión deducida, habida cuenta de la amplitud, generalidad y variedad de vías que procesalmente puede establecer el Ordenamiento jurídico, no siendo exigible al órgano judicial sustituir a las partes procesales, ni que realice una labor interpretativa de lo que efectivamente éstas hayan podido solicitar, asumiendo, en definitiva, una responsabilidad de impulso procesal que no le compete y de la que se derivarían consecuencias (nuevo enjuiciamiento del acusado e hipotética absolución —pues se ignora si lo que se pretende es la nulidad de la Sentencia o del juicio—) que, al no ser queridas por la actora, le llevarían sin duda a sostener entonces la extralimitación del órgano judicial en sus cometidos.

Pero además, la Audiencia Provincial ha resuelto la cuestión planteada rechazando expresamente la existencia de incongruencia omisiva, al señalar que tal incongruencia no existiría en tanto los hechos que constituyen la descripción de las figuras penales que se proponen se relacionan en su integridad y se emplean para configurar otras figuras penales diferentes por las que finalmente en la Sentencia de instancia se condena al inculpado. De este modo es evidente que el Juez de lo Penal responde tácitamente a las pretensiones de la acusación particular, pues, relatando las conductas y valorándolas ampliamente, llega a la conclusión de que integran un delito de daños y sendas faltas de amenazas y lesiones, desestimando así la realidad de los supuestos delitos de robo con violencia, allanamiento y robo con fuerza. En definitiva, el órgano de apelación ni siquiera estima procedente

declarar la nulidad de la Sentencia de instancia —aunque fuera esto lo que se le pedía en el recurso—, pues entiende que los pronunciamientos de aquélla son plenamente congruentes con lo pedido.

b) Respecto a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por el supuesto error patente en el que ha incurrido la Audiencia Provincial en relación con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 416 LECrim, el Ministerio Fiscal alega que el examen del acta del juicio y el visionado del primer cedé en el que se registró videográficamente la vista oral celebrada el día 9 de mayo de 2006 obligan a estimar plenamente ajustada a la realidad la aseveración de la Sentencia de instancia de que tanto la esposa como los hijos del acusado hicieron uso de la facultad de declarar para la que les habilita el art. 416 LECrim.

Ciertamente, como se sostiene en la Sentencia de apelación, al inicio de la declaración de la esposa no se le advierte expresamente por el Juez de su derecho a no declarar, limitándose a preguntarle si está divorciada y contestando aquélla que su estado civil es el de separada. En la declaración de su hija se le pregunta si quiere declarar, contestando afirmativamente. La Sala de apelación deduce de tal modo de producirse las correspondientes testificales que no se habrían respetado escrupulosamente las exigencias del art. 416 LECrim.

Sea cual sea el fundamento legal de la dispensa que prevé el art. 416 LECrim y la postura del Tribunal Supremo acerca del mismo, el Ministerio Fiscal afirma que el Alto Tribunal ha venido reiterando que la excepción o dispensa de declarar al pariente procesado o al cónyuge que establece el citado precepto tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une al procesado. Dicha colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito que se imputa al inculpado. La finalidad no puede ser otra que la de evitar el conflicto moral que al pariente se le plantea entre la alternativa de cumplir una obligación —decir la verdad— y el hecho de no perjudicar con ello a

quienes mantienen con el declarante una relación afectiva. En esta tesitura decir, como se afirma en la Sentencia, que no consta la decisión de los testigos de eludir tal dilema moral y decantarse por la comunicación de la verdad es tanto como exigir un formalismo rituario y absolutamente enervante que no quiere aceptar la realidad de lo acontecido en el procedimiento judicial ahora examinado. Difícilmente puede sostenerse que la esposa no haya ejercitado voluntariamente esa opción cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, hallándose persona en la causa como acusación particular. Si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido, no habría tomado la importantísima decisión de postular una grave condena para él. Con respecto a la hija cabe decir que la misma renuncia a la dispensa del art. 416 LECrim cuando contesta afirmativamente en el juicio a la pregunta del Juez acerca de su deseo de declarar o no.

Lo que pretende la Audiencia Provincial es introducir un rigorismo excesivo e innecesario que carece de justificación. La actuación del órgano de apelación resulta por ello manifiestamente arbitraria en cuanto adopta una medida carente de la más elemental lógica, como es la de entender que la libérrima voluntad de la ex mujer, solicitando primero del Juzgado el nombramiento de letrado de oficio para personarse como acusación particular en el proceso, y actuando después como tal interesando la imposición de graves penas a su ex marido, puede entenderse desvinculada de su intervención en el proceso como testigo. Si la personación como acusación particular supone la libre decisión de posibilitar una grave sanción penal, con ello se evidencia que no se conciben en el caso concreto perjuicios morales que se antepongan a la persecución de hechos de tanta gravedad como son los de la violencia de género. En esta tesitura exigir al Juzgador de instancia que introduzca formalmente en el juicio una manifestación de voluntad de la testigo por la que ésta exprese la inexistencia de tales escrúpulos morales para declarar la verdad y con ello originar un previsible perjuicio a su ex marido es tanto como pretender la reiteración innecesaria de un propósito más que evidente. Y lo mismo cabe decir en relación

al testimonio de la hija, pues cuando en la vista se le pregunta si quiere declarar es obvio que se le está facultando para ello, pues de no ser la testigo pariente del acusado no tendría opción alguna de manifestar su voluntad al respecto. La pregunta del Juez encierra implícitamente la información acerca de la dispensa que prevé el art. 416 LECrim y que la testigo comprende perfectamente, tal y como se muestra en el registro videográfico del juicio.

Desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la decisión de la Audiencia Provincial de prescindir de los dos testimonios citados resulta, en opinión del Ministerio Fiscal, manifiestamente arbitraria e irracional, al derivar de un entendimiento riguroso carente de cualquier fundamento. Tal quiebra en la interpretación del art. 416 LECrim no supone sin más una irregularidad procesal que, denunciada por la recurrente, se considere como un mero obstáculo para el logro de la final imposición de una o varias penas. De conformidad con la doctrina de la STC 145/2009 la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del *ius ut procedatur* o derecho a poner en marcha un proceso substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho. Este derecho ha sido configurado por el Tribunal Constitucional como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción, no agotándose en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, en tanto que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales en su desarrollo.

Por tanto la función de este Tribunal debiera ceñirse a enjuiciar si la resolución judicial impugnada ha respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado la protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen. Con esta perspectiva el Ministerio Fiscal entiende que la irrazonable decisión de prescindir del testimonio de las dos testigos rompe absolutamente el principio de equilibrio e igualdad de partes en el proceso, vulnerando el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías.

c) Por lo que se refiere a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por la respuesta de la Sala a la cuestión prejudicial referida al estado civil de los ex cónyuges y a la determinación de la ajenidad o no de algunos objetos, el Ministerio Fiscal considera que la Audiencia Provincial efectúa una valoración jurídica de los hechos sosteniendo que en una fecha en concreto no se podía saber aún si los cónyuges estaban o no separados de hecho y, por lo tanto, si el vehículo pertenecía a uno u otro o a ambos conjuntamente. La Sala se ha inclinado por la interpretación más favorable al acusado, que es la única posible cuando en el ámbito del Derecho penal se están depurando responsabilidades, no pudiendo establecerse en modo alguno la presunción en contra del reo de que el dolo del sujeto activo de la infracción abarcaba el elemento de la ajenidad del bien. Tal razonamiento no puede calificarse de arbitrario.

d) En cuanto a la supuesta infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haber fundado en la imposibilidad de la valoración de las pruebas personales de la instancia (STC 167/2002) una condena revocatoria de una previa absolución del órgano judicial inferior, el Ministerio Fiscal pone de relieve el interesado entendimiento de dicha doctrina, que se pretende utilizar precisamente para lo contrario, como es atacar la absolución que enmienda una previa condena y no una condena que corrige una previa absolución. Es obvio que ni el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías, ni su derecho a la presunción de inocencia aparecen en modo alguno comprometidos.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, se reconozca el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías y se declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su dictado, para que, partiendo del efectivo conocimiento de los testigos de su derecho a declarar o no se dicte la Sentencia que corresponda.

### 3. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar la demanda de amparo

La Audiencia Provincial ha revocado la condena de Don J.P.V. como autor de una falta de amenazas y otra de lesiones al considerar que debían tenerse por no realizadas las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio por la demandante de amparo y por su hija, al no haberles informado el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim, al ser cónyuge e hija, respectivamente, del acusado.

En relación con la declaración de la demandante de amparo, esposa de Don J.P.V. en el momento del juicio, la Sala razona que «del visionado completo del CD de grabación, en la primera sesión del juicio no consta que se advirtiera a la citada testigo de la dispensa de declarar contra su marido al amparo del art. 416.1 de la LECrim, que establece aquella dispensa para «los cónyuges», al preexistir el vínculo entre ambos, puesto que no se encuentran divorciados, en puridad y legalmente la Sra. Eugenia, a la sazón denunciante, debía ser advertida de dicha dispensa y de este modo, su declaración y valoración de la misma hubiese cumplido con todas las garantías legales. Sin embargo, la juzgadora preguntó: «se encuentra Vd. Divorciada» a lo que la testigo contestó que no, que estaba separada. Seguidamente la juez *a quo*, le advirtió que comparecía en calidad de testigo, obligándola a decir la verdad y apercibiéndola que para el caso de no hacerlo incurría en el delito de falso testimonio».

La Sala estima asimismo que «tampoco se hizo la preceptiva y expresa información sobre la dispensa de declarar que tenía la hija con respecto a su padre [pues] en este caso, la juzgadora se limitó a decir ¿quiere Vd. declarar?, procediendo después a advertirla de los apercibimientos para el caso de faltar a la verdad, en este caso concreto, el vínculo no es modificable (disolviéndose por anulación o divorcio) sino que nos encontramos ante un vínculo permanente, paterno-filial y pese a ello la juzgadora desoyó la obligación de informar a la hija del derecho a no declarar contra su padre, de mane-

ra clara y expresa y al amparo del precitado art. 416 de la LECrim.»

La falta de información a ambas testigos sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha supuesto, a juicio de la Sala, «la vulneración de una norma esencial del procedimiento, infringiéndose consecuentemente, el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías», por lo que concluye que procede «tener por no realizada la referida testifical de la hija y de la esposa del acusado» (Fundamento de Derecho segundo).

A la luz de la doctrina constitucional antes expuesta ha de ser examinada la queja de la recurrente en amparo, para quien dicha decisión vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Argumenta al respecto que el art. 416 LECrim no contiene mandato alguno que obligue al Juez enjuiciador, sino al Juez de instrucción, quien sí le advirtió de la dispensa de la obligación de declarar contra su marido. En todo caso considera que dicha falta de información no supone ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una potestad de los testigos en beneficio de ellos.

El inciso final del art. 24.2 CE establece que «[l]a ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Con este mandato constitucional entronca el art. 416 LECrim, que dispensa de la obligación de declarar como testigos, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, a «1. [l]os parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a los que se refiere el número 3 del art. 261».

Es cierto, como se pone de manifiesto en la demanda y revela el propio tenor del precepto, que es al Juez instructor, no al órgano juzgador, a quien el art. 461 LECrim le impone la obligación de advertir al testigo comprendido en alguno de los supuestos mencionados de la dispensa de la obligación de declarar, debiendo el Secretario judicial consignar la contestación que diera

a esta respuesta. No puede obviarse, sin embargo, que el art. 707 LECrim viene a dispensar de la obligación de declarar en el acto del juicio oral, al establecer que «[t]odos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuera preguntado, con excepción de las personas expresadas en los arts. 416, 417 y 418 en sus respectivos casos». En esas circunstancias la consideración de si la exención de la obligación de declarar conlleva o no la advertencia para su posible ejercicio, y si esa advertencia, explícitamente referida en el art. 416 LECrim al Juez de instrucción, puede entenderse extensible al órgano juzgador, es una cuestión de legalidad ordinaria, a la que desde la óptica constitucional no puede dársele la trascendencia que se pretende en la demanda de amparo.

De otra parte, sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones, no consta acreditado en las actuaciones, frente a lo que se afirma en la demanda, que la recurrente en amparo hubiera sido informada por el Juez de instrucción en las diversas declaraciones que prestó ante el mismo de la dispensa de la obligación de declarar contra el entonces imputado.

Sentado cuanto antecede, la tarea de este Tribunal con ocasión del presente recurso de amparo en el ejercicio de su jurisdicción no consiste, como es obvio, en interpretar o enjuiciar las interpretaciones efectuadas por los órganos judiciales de los preceptos legales que regulan la obligación de informar a determinados testigos de la dispensa de no estar obligados a declarar contra el denunciado (art. 261 LECrim), imputado o procesado (arts. 416 y 707 LECrim), al tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad que compete a aquéllos en el ejercicio de la función jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 CE, sino, más concretamente, en determinar si en el caso que nos ocupa la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de tener por no realizada la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haber sido advertidas por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencias, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, núms. 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero, y 292/2009, de 26 de marzo).

En el caso que nos ocupa es preciso distinguir entre la declaración de la demandante de amparo y la de su hija. Por lo que se refiere a esta última ningún reproche cabe efectuar, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical al no haber sido expresamente advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar. En efecto, en modo alguno cabe tildar de irrazonable, arbitraria o formalista la decisión del órgano judicial de apelación, pues ciertamente la hija de la recurrente en amparo, según resulta del acta del juicio y del visionado de la grabación del acto de la vista, no fue informada por el órgano judicial de dicha

dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conoedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento fáctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1, en relación con el art. 707, ambos LECrim, y que renunciase a ella.

Sin embargo, es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular

solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubieera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim.

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el *ius ut procedatur* del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad.

En consecuencia, con base en las precedentes consideraciones, ha de estimarse que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), en la medida en que ha tenido por no realizada como prueba testifical su declaración en el acto del juicio.

El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho requiere que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia de apelación para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

La pena prevista por concurrir habitualidad en el delito de violencia de género es independiente de la pena que pueda corresponderle por los delitos o faltas en que se hubiesen concretado los actos de violencia física o psíquica, y ello no vulnera el principio *non bis in idem* ni la doble sanción supone un ejercicio desproporcionado del *ius puniendi* ni vulnera el derecho a la legalidad penal. La habitualidad no se identifica con la mera reiteración de conductas, sino en la atmósfera de dominación o sometimiento continuado que debe considerarse acreditado para la aplicación del tipo penal.

**Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 77/2010, de 19 de octubre**

---

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo**

**ANÁLISIS DEL CASO**

---

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Murcia dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes núm. 255-2007 al apreciar que los hechos referidos en el atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Ese mismo día el Juzgado celebró la comparecencia prevista en el artículo 798 LECrim, en la que se dictó Auto acordando continuar la tramitación de las diligencias según lo establecido en los arts. 800 y 801 LECrim, y proceder seguidamente a dar traslado al Fiscal y partes personadas para que se pronunciaran sobre la apertura del juicio oral o, en su caso, el sobreseimiento. Acto seguido el Fiscal y la acusación particular solicitaron la apertura del juicio oral. Por el Magistrado-Juez se dictó Auto de apertura del juicio oral y se emplazó al Ministerio Fiscal para que presentara escrito de acusación.

Tras la remisión del procedimiento al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, dictó providencia el 3 de mayo de 2007 acordando dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que, conforme a lo previsto en el artículo 35.2 LOTC, en el plazo común e improrrogable de diez días, alegaran lo que estimasen conveniente sobre el posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 171.4 CP, por posible vulneración del principio de proporcionalidad penal (citando los artículos 25, 17.1, 9.3, 24.2 y 53 CE), del principio de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), y de los derechos a la igualdad (artículo 14 CE) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE); del artículo 153.1 CP por posible vulneración del principio de la dignidad de la persona (artículo 10 CE), de los derechos a la igualdad (artículo 14 CE) y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE); y del artículo 173.2 CP por posible vulneración del derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos (artículo 25.1 CE). Finalmente, la cuestión de inconstitucionalidad fue promovida mediante auto de 15 de febrero de 2008.

El Tribunal Constitucional no admitió a trámite parte de la cuestión, y respecto al resto la desestimó. Se formularon votos particulares.

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 concorra 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 despear 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).

## INCAPACIDAD

Aunque mantienen su vigencia para evitar un vacío legislativo, se declara la inconstitucionalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 763 de la LEC, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica.

**Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre**

---

Ponente: **Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo**

### ANÁLISIS DEL CASO

---

Con fecha 20 de junio de 2001 compareció ante la autoridad judicial una ciudadana que interesaba la pertinente autorización para el internamiento en un centro hospitalario de su tío, mayor de edad, alegando para ello el padecimiento de trastornos psíquicos y alcoholismo.

Por providencia de 20 de junio de 2001 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña admitió a trámite la comparecencia e incoó procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 48-2001-C, acordando para el día 21 siguiente el examen del afectado y la elaboración de informe forense sobre su estado de salud y sobre la conveniencia de acordar la medida de internamiento pretendida.

Concluido el procedimiento el Juzgado acordó mediante providencia de 17 de julio de 2001, requerir el parecer de las partes de conformidad con el artículo 35.2 LOTC y en los términos establecidos en la referida providencia de 25 de junio anterior.

El Ministerio público presentó su escrito de alegaciones el 27 de julio de 2001, concluyendo que procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad. A su juicio, y tras afirmar que concurrían todas las circunstancias procesales necesarias para el planteamiento de la cuestión, las razones expuestas en la STC 129/1999, de 1 de julio, y en el Voto particular que le acompaña eran suficientes para considerar que no resultaba infundada la duda sobre la inconstitucionalidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, destacando el Ministerio Fiscal la admisión a trámite de la cuestión planteada en su día por el mismo Juzgado en relación con el artículo 211, párrafo primero, del Código Civil cuyo contenido se acoge ahora en el artículo 763 LEC.

Mediante Auto de 31 de julio de 2001 el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional estimó la cuestión y declaró inconstitucional el inciso «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial» del artículo 763.1, párrafo primero, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y el inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida» del artículo 763.1, párrafo tercero, de la misma Ley.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

**1. Base jurídica de la demanda de amparo**

A juicio del órgano judicial que plantea la cuestión, la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el artículo 763 LEC, según resulta de la doctrina de este Tribunal Constitucional (SSTC 104/1990 y 129/1999), de manera que dicho precepto, por su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 CE y debiera, por ello, tener el carácter de ley orgánica, según exige el artículo 81.1 CE y se ha reconocido en la STC 129/1999, de 1 de julio, con ocasión de una cuestión planteada respecto del párrafo segundo del propio artículo 211 del Código Civil. Sin embargo, el precepto cuestionado no tiene tal carácter, lo que implicaría, para el Juzgado, su inconstitucionalidad y nulidad por infracción de los artículos 17.1 y 81.1 CE.

**2. Alegaciones del Abogado del Estado oponiéndose a la cuestión**

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó escrito de alegaciones el 23 de octubre de 2001. El representante procesal del Gobierno comienza por señalar que el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se impugna por una razón puramente formal, sin que se plantee ninguna objeción desde la perspectiva de su contenido en relación con los artículos 17 y 81 CE, por lo demás avalado en las SSTC 104/1990 y 129/1999, referidas al artículo 211 del Código Civil, derogado por el propio artículo 763 LEC, en cuya elaboración parlamentaria se tuvo en cuenta la doctrina establecida en dichos pronunciamientos. Alega, a continuación, el Abogado del Estado que la presente cuestión de inconstitucionalidad es similar a la que con el núm. 4511-1999 se planteó por el mismo órgano judicial respecto del artículo 211, párrafo primero, del Código Civil, por lo que entiende el representante del Gobierno que son trasladables

a este proceso las alegaciones formuladas en aquél. Afirma el Abogado del Estado, en primer término, que la exigencia del juicio de relevancia obliga a excluir de este proceso la parte del precepto dedicada a los menores y al internamiento urgente, por no darse ninguna de ambas circunstancias en el proceso *a quo*. De otro lado, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha derogado, entre otros, al precepto aquí cuestionado, sustituyendo su mandato por el artículo 763 LEC. No obstante, la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico no se produciría hasta el 8 de enero de 2001, por lo que la cuestión mantendría su objeto hasta esa fecha. Hechas estas precisiones, el Abogado del Estado reitera que el Auto de planteamiento de la cuestión no formula ninguna objeción a la previsión de un supuesto de restricción de la libertad personal motivado por causa de enfermedad psíquica que exija el internamiento de quien no puede valerse por sí mismo, siempre que medie autorización judicial, previo dictamen médico y audiencia al afectado. Así resulta, por otro lado, de las SSTC 104/1990 y 129/1999. La cuestión se limita, por tanto, al rango de la norma, entendiendo el Juzgado, en línea con el Voto particular a la STC 129/1999, que el internamiento es una privación de libertad que afecta al núcleo fundamental de ese derecho reconocido en el artículo 17 CE y que, por el juego del artículo 81.1 CE, esa limitación sólo puede hacerse por ley orgánica.

El Abogado del Estado entiende que la restricción de libertad que impone el artículo 763 LEC, aun incidiendo en el derecho a la libertad personal proclamado en el artículo 17.1 CE, está suficientemente habilitada por una ley ordinaria, al no exigir el supuesto de hecho habilitante la garantía adicional que supone la reserva de ley orgánica. Atendido el tenor literal del artículo 17.1 CE —continúa el escrito de alegaciones—, «aunque sea aplicable a todos los supuestos de restricción de libertad, no puede negarse que se sitúa dentro de un contexto ... referido a las limitaciones de libertad que tienen su origen en una causa penal, bien porque se refieren a la investigación y aseguramiento de la responsabilidad en el caso de delitos o a condenas penales consecuencia de

un previo pronunciamiento penal». La jurisprudencia citada en el Auto de planteamiento se ha dictado justamente sobre ese tipo de supuestos, sustancialmente distintos del que ha motivado este proceso. Por ello, afirma el representante del Gobierno que los precedentes invocados deben situarse en su «contexto, que es el de la protección frente a detenciones arbitrarias sin control judicial y sin límites, con fines punitivos», lo que ha hecho que con frecuencia el Tribunal haya relacionado el mandato del artículo 17 CE con el principio de legalidad penal del artículo 25 CE, que ha identificado, por relación con el artículo 81.1 CE, con la reserva de la tipificación de los delitos y sus penas a la ley orgánica. Así resultaría de la doctrina sintetizada en la STC 17/1987 y de lo resuelto en la STC 104/1990 con ocasión de un supuesto similar al presente.

El Abogado del Estado se detiene seguidamente en las diferencias, a su juicio evidentes, entre la privación de libertad motivada para la investigación de un delito y el internamiento de quien padezca una enfermedad psíquica. La primera trae causa de la comisión de un delito comprobada en un proceso, tiene la duración determinada en la ley y con ella se trata de asegurar, bien la investigación del delito, bien la ejecución de la Sentencia que pueda dictarse, en otras palabras, responde a razones de seguridad ciudadana y se impone en interés de la sociedad en su conjunto. La segunda se establece en beneficio fundamentalmente del afectado —que no puede valerse por sí mismo— y consiste en su ingreso en un centro en el que será tratado de su enfermedad. La protección del derecho a la libertad se traduce en este caso en la exigencia de que tanto la ley como su aplicación aseguren la concurrencia del presupuesto (la intensidad de la enfermedad), se examine y oiga al afectado, intervenga un perito médico y medie decisión judicial.

Una medida de estas características —prosigue el representante del Gobierno— tiene mucha más relación con las previsiones del artículo 49 CE, precepto este que habilitaría el internamiento, «operando como el mejor desarrollo y, desde luego, la mejora garantía del derecho a la libertad». El artículo 763 LEC no sería sino una concreción del mandato constitucional establecido en el artículo 49 CE en orden al tratamien-

to, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

Subsidiariamente, entiende el Abogado del Estado que si se considerase imprescindible una ley orgánica habilitante del internamiento, podría afirmarse que el previsto en el artículo 763.1 LEC encuentra habilitación orgánica en el artículo 101 del Código Penal, siendo «una concreción, en el ámbito civil, de la habilitación genérica contenida en el Código Penal de la que constituiría mero desarrollo». Tesis que cobraría sentido habida cuenta de la naturaleza procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en cuanto tal, no contiene preceptos de naturaleza sustantiva. Y si, con todo, el Tribunal Constitucional entendiera que el precepto cuestionado debiera haber sido aprobado como ley orgánica, alega el Abogado del Estado que habría de darse relevancia al hecho de que fue aprobado «por nada menos que 317 votos a favor sobre 319 emitidos», pues, aun siendo consciente de la especialidad procedimental prevista en el artículo 81.1 CE, el representante del Gobierno sostiene que, «dada la especificidad de la materia sobre la que versa el precepto que aquí nos ocupa y, por contraste, la generalidad y amplitud de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que éste se incluye, parece que no puede dejar de considerarse como significativa la mayoría que aprobó la redacción final de la norma», pues lo que importa es que «la garantía reforzada que se trata de asegurar con la exigencia de Ley Orgánica ha existido en el presente caso».

Y si, pese a todo —concluye el escrito de alegaciones—, entendiera el Tribunal que la cuestión ha de ser estimada, el Abogado del Estado somete a su consideración «la posibilidad de emitir un fallo que, utilizando fórmulas como la de la denominada «inconstitucionalidad diferida» u otra similar, permita atenuar en lo posible las indeseables consecuencias prácticas que podrían derivarse de un fallo de inconstitucionalidad sin paliativos», en línea, por lo demás, con la doctrina establecida en pronunciamientos como los contenidos en las SSTC 195/1998 y 235/1999.

### 3. Posición del Ministerio Fiscal

El escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado se registró el 29 de octubre de 2001. Tras referir los antecedentes del caso, el Fiscal Ge-

neral del Estado recuerda que la STC 129/1999, de 1 de julio, desestimó una cuestión de inconstitucionalidad referida al apartado segundo del artículo 211 del Código Civil, en la que se dejó claro que la determinación de los supuestos en los que procede la privación de libertad queda bajo la reserva de la ley orgánica, conforme a los artículos 53.1 y 83.1 CE, por ser indudable que tal delimitación constituye un supuesto de «desarrollo» y no de mera «afectación» de un derecho fundamental.

En consecuencia, el Fiscal General del Estado sostiene que «para que el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la LEC pueda ser considerado, desde el punto de vista formal, compatible con las exigencias que se derivan de los artículos 17.1, 53.1 y 81.1 de la Constitución Española para la regulación de las limitaciones de los derechos fundamentales, sería necesario que tales preceptos tuviesen el rango de ley orgánica, del que, como antes se ha dicho, carecen, lo que conduce inevitablemente a su declaración de nulidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, por tanto, a su expulsión del ordenamiento».

El escrito de alegaciones recuerda a continuación que la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988 y 129/1999) sigue la establecida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a las condiciones y circunstancias en las que puede acordarse la privación de libertad del enajenado (casos Winterwerp, de 24 de octubre de 1979, y Ashingdane, de 8 de mayo de 1985), si bien recuerda que el objeto de esta cuestión se reduce al defecto formal supuestamente padecido por la norma cuestionada.

En cuanto a la extensión de la declaración de inconstitucionalidad que se interesa, el Fiscal General alega que es necesario plantearse si sus efectos han de alcanzar también a la regulación del internamiento de menores regulado en el artículo 763.2 LEC, cuestión que, en su opinión, ha de responderse negativamente, de un lado, porque el artículo 763.1 LEC comprende tanto a los mayores como a los menores de edad, y, de otro, porque en el artículo 763.2 LEC no se establecen los casos en que procede la privación de

libertad, sino los centros en que ha de llevarse a cabo el internamiento y algunos trámites del procedimiento a seguir en todos los casos, cuestiones que no entrañan desarrollo del derecho, sino, a lo sumo, afectación del mismo.

Por lo expuesto, el Fiscal General del Estado solicita que se dicte Sentencia que declare la nulidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por ser contrario a los artículos 17.1 CE, 53.1 y 81.1 de la Constitución.

#### **4. Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional para estimar la cuestión de inconstitucionalidad**

La duda de constitucionalidad planteada en este procedimiento por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña se refiere estrictamente a que el órgano judicial entiende que la norma cuestionada hubiera debido ser aprobada con el carácter de ley orgánica.

Es por ello que, con carácter previo a cualquier consideración, procede recordar, en primer lugar, que el artículo 763 LEC fue introducido por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, elaborada, aprobada y promulgada como ley ordinaria.

Del mismo modo, es preciso recordar que la duda de constitucionalidad que debemos resolver ha sido ya respondida en la STC 129/1999, de 1 de julio, que resolvió la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), en relación con el artículo 211, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

Señalamos en aquella ocasión que «la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el artículo 211 del Código Civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el artículo 17.1 “ha de considerarse incluida ... la ‘detención regular... de un enajenado’, a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (STC

104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 (STC 140/1986)» (FJ 2).

Sin embargo, esta Sentencia no consideró necesaria la forma de ley orgánica para el artículo cuestionado (artículo 211, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre) por cuanto éste se refería a reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento. Según esta doctrina, la exigencia de ley orgánica se circunscribe a «la norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos» (STC 129/1999, FJ 2).

Esta doctrina ha sido reiterada en Sentencia de día de hoy, 2 de diciembre de 2010, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, promovida por el mismo Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña que ha planteado la presente cuestión, respecto de la posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución por el artículo 211, párrafo primero, del Código Civil, y, en su caso, con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que regulaba esta misma medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

La aplicación de la citada doctrina al presente caso nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica.

Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado artículo 763.1 LEC, según el cual «el internamiento, por razón de trastorno

psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial», así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida».

Ciertamente en ambos casos nos hallamos ante unos preceptos incluidos en una ley ordinaria y dotados efectivamente de este carácter que, no obstante, regula una materia que, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 129/1999, FJ 2, es materia reservada a ley orgánica (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que vulneran el artículo 81.2 CE.

A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia.

Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.

Del mismo modo, la aplicación de la doctrina establecida en la STC 129/1999, reiterada nuevamente en la Sentencia de esta misma fecha dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, nos lleva a descartar la duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado promotor de la presente cuestión en relación con el resto de los incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, los cuales establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica.

# TRIBUNAL SUPREMO

## ALIMENTOS

Si el hecho nuevo se produce después de dictarse la sentencia por el Juzgado, la Audiencia Provincial está obligada a valorarlo antes de dictar la Sentencia de apelación.

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2010**

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

### ANÁLISIS DEL CASO

Doña Candelaria interpuso demanda contra Don Obdulio solicitando que se dicte en su día sentencia en la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio entre los mencionados consortes, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, y se decreten una serie de medidas, y entre ellas que se acordara la cantidad de 2.000 mensuales, (1.100 euros para cada hijo) que debía abonar el marido como contribución a los gastos familiares y alimentos de los hijos, por ser esta cantidad adecuada a las respectivas capacidades económicas y las necesidades de los menores.

En la contestación a la demanda, el marido pidió que en concepto de pensión alimenticia se acordara el abono de 770 euros, es decir, 335 euros por cada hijo, así como que se acordara que el pago de los gastos médicos extraordinarios debería ser abonado por mitad previa la conformidad de ambos progenitores.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid dictó Sentencia el 25 de noviembre de 2005 declarando el divorcio y ratificando lo acordado en el auto de medidas provisionales dictado el 11 de enero de 2005, modificando únicamente el régimen de visitas.

El 6 de junio de 2006 se presentó al juzgado un escrito en el que la recurrente señalaba que en el mismo día había sabido que el Sr. Obdulio había entregado el 15 de mayo una obra en el municipio de ..., presupuestada en 1.276.787,41 euros, que la esposa recurrente en apelación había conocido con posterioridad al trámite de alegaciones y a través de una noticia en Internet.

En grado de apelación, la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 10 de noviembre de 2006 estimando parcialmente el recurso interpuesto por el esposo y fijando la pensión de alimentos a cargo del padre la de 600 euros mensuales

por hijo, en total 1.200 euros al mes, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Doña Candelaria interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación, siendo estimado el primero de ellos por el Tribunal Supremo que acordó anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento en que no se admitió la prueba sobre el hecho nuevo acaecido, anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia teniéndolo en cuenta a los efectos de determinar las cuantías debidas en concepto de alimentos.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la infracción del artículo 286 LEC, al amparo del artículo 469.1.3 LEC. La recurrente plantea cuáles son las consecuencias de no dar el trámite previsto en el artículo 286 LEC cuando se ha recibido la noticia de un hecho nuevo, acontecido una vez precluido el trámite de alegaciones. El 6 de junio de 2006 se presentó al juzgado un escrito en el que la recurrente señalaba que en el mismo día había sabido que el Sr. Obdulio había entregado el 15 de mayo una obra en el municipio de ..., presupuestada en 1.276.787,41 euros, que la esposa recurrente en apelación había conocido con posterioridad al trámite de alegaciones y a través de una noticia en Internet. Ello era importante para la constatación de la percepción por parte del padre demandado de unos ingresos ajenos a los que reconocía, lo que permitiría la toma en consideración de sus ingresos como profesional liberal, que había negado a lo largo del procedimiento y que no habían conseguido ser probados. El Tribunal no dio traslado a la parte contraria de los hechos nuevos alegados y dictó Auto en 14 junio 2006 declarando «no haber lugar a recibir el pleito a prueba en esta alzada ni a tener en consideración los alegados hechos nuevos, al no ser de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 460 LEC y para no desvirtuar esta alzada». La trascendencia que tiene este hecho se basa en que en la sentencia recurrida se fijan los alimentos según las capacidades económicas de los progenitores y al no introducirse este hecho nuevo, se reduce la pensión alimenticia.

El motivo se estima.

Dice la reciente Sentencia de esta Sala, de 9 febrero 2010 que puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimenta un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal. Pero la posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo. A este requisito debe entenderse subordinada la aplicación del artículo 426.4 LEC, que establece que «si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de estas características, podrán alegarlo en la audiencia». En definitiva, señala dicha sentencia que prevalece «la imposibilidad de alterar el objeto del proceso establecido en la demanda (artículo 412.2 LEC), es decir, los hechos fundamentales que integran la pretensión», aunque ello no excluye que deban tenerse en cuenta cuando tienen ese carácter complementario al que la misma sentencia se refiere. A los argumentos precedentes debe añadirse que la Ley de Enjuiciamiento Civil flexibiliza la prueba en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores en el artículo 752.1.1 LEC, que establece que dichos procesos «... se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento».

La demandante había insistido durante el procedimiento en la posibilidad de que el marido ejerciera su profesión liberal como arquitecto al margen de la relación laboral probada. Constituye un hecho nuevo el descubrimiento de un documento en el que podría fundarse esta realidad y por lo menos debería haber sido valorado por el Tribunal. Ello resulta importante a los efectos de determinar la cuantía de los alimentos de los menores. Por tanto, teniendo en cuenta que la introducción del hecho nuevo no modifica en absoluto la petición formulada en la demanda rectora del pleito, ya que no debe

considerarse como una *mutatio libelli*, sino que tiene la característica de complemento a que se refiere la Sentencia de 9 febrero 2010, en su interpretación del artículo 286 LEC, alegado como infringido, debe concluirse que se ha producido una causa de nulidad. La Sala sentenciadora debería haber admitido este documento a los efectos de estudiar la influencia que pudiera tener o no en la efectiva determinación de la cuantía debida por alimentos. Al no haberlo hecho así, ha producido una infracción procesal previa a la sentencia, que origina la nulidad al haberse prescindido de este hecho nuevo.

## UNIONES DE HECHO

**El procedimiento de división de cosa común no es el adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios.**

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2010**

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

---

## ANÁLISIS DEL CASO

---

Doña Tania y Don Julián habían convivido como pareja de hecho desde 1987 hasta 2004. En 3 de mayo de 2004 se dictó un auto de medidas provisionales por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Tolosa decretando la separación, que se convirtió en definitiva por sentencia de dicho juzgado de 16 junio 2004.

Durante la relación, la pareja hizo comunes estos bienes: a) un piso en la localidad de Urretxu; b) dos locales sitios en la localidad de Ezquio-Itxaso; c) la vivienda familiar, y d) el ajuar doméstico. Se reconocían, además, unos créditos recíprocos.

Doña Tania interpuso contra Don Julián demanda de juicio ordinario solicitando que se dicte en su día Sentencia por la que se ordene la división de los bienes que existen en común entre mi mandante y el demandado, sacándolos, en su caso, si no llegaren a un acuerdo en cuanto a su adjudicación a uno de ellos, a venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños y, condenando al abono de las costas procesales al demandado si se opusiere a la presente demanda.

Don Julián contestó la demanda alegando que estaba de acuerdo en la división, pero que debía discutirse en el procedimiento el alcance del patrimonio, su valoración y la

forma de adjudicarlo, porque si bien todos los bienes aparecían a nombre de ambos convivientes, al carecer Doña Tania de actividad económica que le proporcionara los ingresos para la adquisición, existía un crédito contra la demandante consistente en una serie de cantidades que cuantificaba.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tolosa dictó Sentencia el 31 de julio de 2005 estimando parcialmente la demanda, declarando disuelta la sociedad y fijando el activo y el pasivo de la sociedad.

En grado de apelación, la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guizpuzkoa dictó Sentencia el 6 de junio de 2006, con el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de la Sra. Tania, y estimamos en parte el recurso de apelación formulado por la representación de Don Julián frente a la Sentencia de 31 de julio de 2006 del Juzgado de Primera Instancia 2 de Tolosa y la revocamos en los siguientes extremos: a) Se reconoce un crédito a favor del Sr. Julián frente a la Sra. Tania derivado del pago del precio de adquisición del terreno de Ezkio, por importe de 3.000 euros, actualizables con arreglo al IPC, es decir, 4.931,20 euros; b) Las cuotas pagadas por el Sr. Julián de los créditos comunes se liquidarán teniendo en cuenta las satisfechas con posterioridad al auto de medidas provisionales de 3 de mayo de 2004; c) Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia; d) No procede efectuar imposición de costas de la alzada».

Doña Tania interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

La sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 2 de Tolosa estimó en parte la demanda y declaró disuelta la comunidad de bienes, determinó los que formaban parte de la comunidad, así como un pasivo consistente en tres créditos, dos a favor del demandado y uno a favor de la demandante. Señaló en su sentencia que si bien en la convivencia de hecho no es aplicable, sin más, «el régimen de comunidad de gananciales propio de relación matrimonial formalizada, la titularidad de los que conviven extramatrimonialmente en situación de hecho equiparable, respecto de los bienes adquiridos por la pareja, salvo voluntad constatada en sentido inverso, da lugar a una situación que, se considere de sociedad civil irregular o de comunidad de bienes, queda sometida al mismo régimen, al ser aplicable, si bien no una analogía *legis*, sí una analogía *iuris*».

Apelaron ambos litigantes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San

Sebastián, Sección 3.<sup>a</sup>, desestimó el recurso de apelación de Doña Tania y estimó en parte el de Don Julián. La cuestión se resuelve en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida con el argumento principal de que la recurrente no impugna el hecho de que los pagos fueron realizados con el patrimonio del Sr. Julián, sino su derecho a ser resarcida de los mismos por estimarlo contrario a los actos propios y a la aportación personal realizada por ella. La sentencia recurrida entiende que: a) «el mero hecho de convivir no supone que aparezca un régimen económico determinado, ni que se pueda aplicar alguno de los dispuestos por la ley para la sociedad conyugal, sino que habrá que estar a lo expresamente pactado, o, más habitualmente, a las actuaciones de las partes durante la convivencia para determinar cuáles eran sus intenciones respecto de los bienes que se iban adquiriendo [...]»; b) Respecto a la ac-

ción de enriquecimiento, la Sala entiende que lo que se pretende por la recurrente «es la compensación del crédito reconocido al Sr. Julián con su dedicación al hogar, la familia e hijos, aunque no reclama una pretensión indemnizatoria, lo cual no puede ser estimado, por cuanto no debe olvidarse que nos encontramos en un procedimiento declarativo de división de cosa común y que las pretensiones de naturaleza similar son extrañas a este procedimiento [...]».

El Motivo único del recurso señala la infracción en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación analógica del artículo 1355 CC e inaplicación analógica de los artículos 1281 y 1282 CC. Igualmente aplicación inadecuada del artículo 1398 CC. Se considera infringida la doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de que pueda aplicarse el régimen de gananciales, dependiendo de las circunstancias del caso, que concurren en el presente según la recurrente, de modo que puede aplicarse por analogía *iuris*. Además, a partir de la ruptura hay que tener en cuenta las aportaciones de uno y otro a los pagos pendientes, es decir, las del préstamo hipotecario y otros préstamos que en cualquier caso, sólo deberán atribuirse a la conviviente cuando sean anteriores a la ruptura.

El motivo se desestima. El motivo intenta que se apliquen las reglas de la liquidación del régimen de gananciales en un supuesto de liquidación de las relaciones económicas mantenidas por dos personas que han formado una unión de hecho y que han adquirido una serie de bienes en común, por acuerdos voluntarios que han llevado a la creación de distintas comunidades particulares sobre los bienes adquiridos.

Las razones que llevan a la inaplicación de las reglas que rigen la comunidad matrimonial son las que se expresan a continuación:

1.º Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio. La Sentencia de 12 septiembre 2005 declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. La Sentencia de 8 de mayo de 2008 dice que «[...] no puede aplicarse por

analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 de mayo de 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos» y en ello están de acuerdo las Sentencias de esta Sala de 22 de febrero y 19 de octubre de 2006, que exigen el pacto, expreso o tácito, para considerar constituida una comunidad de bienes.

2.º En este caso consta la voluntad de los convivientes de adquirir conjuntamente una serie de bienes constante la convivencia, ya que se pusieron a nombre de ambos, independientemente de quién hubiera pagado la contraprestación en la adquisición.

3.º Consecuencia de ello, acabada la convivencia, se ejercita una acción de división de las cosas comunes, en la que el conviviente pide a efectos de la valoración de los bienes y su posterior adjudicación, que se tengan en cuenta una serie de créditos que él ostentaba y que afectaban al valor final y estas operaciones son las que llevan a cabo tanto el Juzgado de 1.ª Instancia, como la Audiencia Provincial en la sentencia que ahora se recurre.

4.º Todo ello lleva a la conclusión de que lo pedido en la demanda origen de este recurso se refiere pura y exclusivamente a la acción de división de cosas comunes, ejercitada a través del artículo 400 CC y no de las normas sobre régimen de gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que, como antes se ha dicho, excluye el régimen económico. Sin embargo, admite la comunidad romana de bienes cuando así lo pacten las partes convivientes, que es lo que ha ocurrido en el presente supuesto. Por lo que no es éste el procedimiento adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

En el caso analizado está justificada la no fijación de limitación temporal a la pensión compensatoria dado que la esposa tiene 49 años, una minusvalía del 33%, falta de experiencia profesional continuada y ausencia de cualificación.

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de septiembre de 2010**

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

---

### ANÁLISIS DEL CASO

---

Doña Gracia interpuso demanda de juicio de divorcio contra Don Carlos Alberto solicitando, entre otras medidas, la fijación de una pensión compensatoria.

Don Carlos Alberto contestó a la demanda y se opuso a que se fijase una pensión compensatoria.

El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia decretando el divorcio y acordando entre otras medidas: «Se concede también a la esposa como pensión compensatoria, la cantidad de 300 euros mensuales a cargo del esposo y que comenzará a devengarse desde la fecha de esta sentencia y durante el plazo de 7 años como límite máximo. El pago de la pensión se efectuará dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente o de ahorros que señale la esposa y la pensión se actualizará cada uno de enero de cada año con arreglo al incremento o variación anual que experimente el índice de precios al consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya».

En grado de apelación, la Sec. 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó Sentencia el 12 de junio de 2007 estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Doña Gracia revocando la sentencia de instancia en el sentido de elevar la pensión compensatoria a la cantidad de 550 euros al mes, con el mismo régimen de pagos y actualizaciones previstos en la sentencia recurrida.

Don Carlos Alberto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

Para la fijación de la pensión compensatoria, el Juzgado de Instancia razonó lo siguiente: «finalmente y en punto a la pensión compensatoria debe acordarse la que refleja a la parte dispositiva de esta resolución y con el límite temporal allí indicado debiendo recordarse cómo la Sentencia del TS de 10 de febrero de 2005 aborda el

tema de la determinación de si la fijación de una pensión compensatoria temporal está o no prohibida por la normativa legal, y si tal posibilidad, según las circunstancias del caso, puede cumplir la función reequilibradora, es decir, puede actuar como mecanismo corrector del desequilibrio económico generado entre los cónyuges

como consecuencia inmediata de la separación o divorcio —que constituyó la *conditio iuris* determinante del nacimiento del derecho a la pensión, y al hilo del anterior artículo 97 del CC señala que: «... 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 disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios...». En este caso, los hechos acreditados ya indican que el esposo no gana lo que dice la esposa pero sí más de lo que dice el propio esposo. La propia esposa en interrogatorio reconoce una vida sin lujos. Ambos tiene problemas de salud y en la esposa no consta que la incapacidad total le haya permitido realizar algún trabajo compatible. Han sido 23 años de matrimonio, ella cuenta 48 y él 47 años y la esposa dejó de trabajar a los seis años de casarse, si bien desde entonces cobra su pensión de incapacidad. Si bien el esposo no parece pague alquiler por el piso a donde se ha ido a vivir, a la esposa se le da el uso del domicilio familiar sin cargas. Las partes solicitaron que se limitara el mismo a la fecha de la independencia económica de la hija a menor. Nada se menciona sobre ello en el fallo porque es evidente que si se da tal hecho, deberá instarse la oportuna modificación de medidas salvo acuerdo de las partes, siendo clara la previsión del artículo 96 del CC que no necesita reiterarse en el fallo. Ante todos los hechos expuestos, la pensión que

se fija es acorde a las necesidades y situación actual de las partes al existir desequilibrio pero muy limitado».

La Audiencia Provincial de Zaragoza elevó la cuantía de la pensión compensatoria y confirmó la fijación con carácter indefinido. Sus argumentos fueron los siguientes:

«Manifiesta la actora su disconformidad con la pensión compensatoria señalada —300 euros mensuales con limitación temporal a 7 años—, solicitando su elevación a 1.500 euros mensuales, sin limitación en el tiempo.

La Sra. Gracia, de 48 años de edad y 24 años de matrimonio, carece de cualificación laboral, habiendo dejado su trabajo de empaedora en 1989, año en el que en el mes de septiembre fue declarada incapaz permanente total, teniendo reconocida desde marzo de 1999 una minusvalía del 33%. Percibe al año 14 pagas por importe de 428 euros cada una. Tiene una hija de 14 años bajo su guarda. Y ha sido sometida a tres intervenciones de cadera, teniendo pendiente en la fecha del recurso otra para la implantación de una prótesis y otra en el tendón de su mano izquierda. En 3 de marzo de 2005 fue operada de cáncer de colon.

El Sr. Carlos Alberto, en el IRPF del ejercicio del año 2005, declaró unos ingresos netos mensuales de 4.773,63 euros y de 3.806,17 euros en 2006, promediando las nóminas de enero a agosto, una de ellas de 7.800 euros. En noviembre y diciembre 2006, coincidiendo causalmente con la presentación de la demanda origen del procedimiento, las nóminas fueron de 1.588 y 1.384 euros, aunque, como señala la actora, carecen de verosimilitud y credibilidad si se tiene en cuenta que el Sr. Carlos Alberto, además de trabajador de la «Empresa de Reparación de Vehículos Industriales y Autoindustrial S.L.», es socio y miembro del Consejo de administración (doc. 11 de la demanda). En marzo de 2003 fue diagnosticado de síndrome de Apnea Hipoapnea del sueño (SAHS), pero el Hospital Clínico informa en 21 de noviembre de 2006 que se consiguió la desaparición de síntomas relacionados con aquél hasta la última consulta de revisión en junio de 2004.

Así las cosas, indiscutido el desequilibrio económico que para la esposa ha supuesto la

ruptura matrimonial y trasladada la cuestión a resolver a la fijación de la cuantía y plazo de la pensión, la Sala, tenidos en cuenta los diversos factores que en ese trance contempla el artículo 97 CC, considera adecuada su elevación a 550 euros mensuales, sin establecimiento de un límite temporal. La SSTS 10 de febrero de 2005, y la de 28 de abril de 2005 que reproduce su doctrina, admiten la limitación temporal de la pensión, pero exigiendo «que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad —*ratio*— de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia». Y en ese sentido, tras efectuar una enumeración no exhaustiva de los factores a tomar en cuenta en la determinación de la pensión, señalan esas resoluciones la necesidad de «que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión», pues —se añade— «Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión ex ante de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado “futurismo o adivinación”».

La posibilidad de esa previsión no se aprecia en el caso, pues no ya la edad de la esposa —48 años actualmente—, sino sus condiciones de salud, su minusvalía y su desvinculación durante años del mundo laboral, son circunstancias que hacen del todo presumible las dificultades que encontrará en el reingreso en el mismo, por lo que, en suma, subsistente el desequilibrio económico tenido en cuenta en el señalamiento de la pensión, las carencias que siguen rodeando la coyuntura personal y profesional de la demandante impiden el establecimiento *a priori* de un límite temporal a la vigencia de la pensión señalada».

Sostiene el recurrente que se ha producido infracción, por inaplicación del artículo 97 que

establece la posibilidad de la limitación temporal de la pensión compensatoria, al mismo nivel que la posibilidad de la concesión indefinida. No hay una regla y una excepción sino dos alternativas, siendo obligado justificar las razones por las que se opta por una u otra.

Para delimitar temporalmente la pensión la Audiencia se funda en unas sentencias del Tribunal Supremo del año 2005, concretamente, de 10 de febrero y 28 de abril que condicionan la temporalidad a la posibilidad de prever ex ante [con anterioridad] las condiciones que imponen dicha temporalidad.

La temporalidad ha sido expresamente prevista en la reforma legislativa del artículo 97, a cuya luz debe dictarse la resolución.

El carácter indefinido no es una regla general, como demuestra el hecho de que incluso existan sentencias de otras Secciones de la misma Audiencia Provincial de Zaragoza en las que se opta por fijar un límite temporal para su percepción.

En el caso de Doña Gracia, debe limitarse temporalmente en atención al deber de trabajar establecido en el artículo 35.1 de la CE, que comprende tanto el trabajo remunerado fuera del hogar como el que debe realizarse dentro en labores de cuidado de los hijos y de atención de la familia.

Doña Gracia no renunció a su actividad profesional por dedicarse a la familia, ya que trabajó fuera de casa hasta que fue declarada en situación de invalidez, debiendo ser entonces la Seguridad Social la que debe soportar la carga de compensar la pérdida de ingresos, no el marido. Sólo en el supuesto de que la esposa hubiera decidido trabajar en las labores domésticas y en el cuidado de los hijos y le fuera imposible incorporarse al mercado laboral al decretarse el divorcio estaría a cargo del marido la obligación de compensar el desequilibrio con la pensión.

No es razonable conceder la incapacidad por Seguridad Social por haberse dedicado al mundo laboral y además una compensatoria indefinida a cargo del esposo. Si eligió trabajar fuera de casa debe ser en ese contexto en el que busque su sustento económico».

Termina la parte solicitando «que habiendo por presentado este escrito con los documentos

acompañados y sus copias, en tiempo y forma, se digne admitir todo ello, teniendo por interpuesto recurso de casación preparado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el juicio Ordinario n.º 1347/2006 del Juzgado de Primera Instancia número seis de los de Zaragoza, interpuesto por Doña Gracia contra Carlos Alberto, y, en su día, previos los trámites reglamentarios, se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, limitando temporalmente la pensión compensatoria a percibir por Doña Gracia con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso».

Son razones para desestimar el recurso las siguientes:

A) La parte recurrente cumple el requisito de justificar el interés casacional por contradicción entre la doctrina de las audiencias provinciales en el escrito de preparación, pero no en el de interposición, y esta circunstancia, que comporta una contravención del artículo 481 LEC, sería suficiente para la desestimación del recurso en lo que se refiere a este fundamento.

B) Esta Sala no aprecia la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del TS, que la parte recurrente también invoca al referirse a la incorrecta aplicación por la Audiencia Provincial de la doctrina sentada por esta Sala en SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias es admitida en resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, dos de 17 de octubre de 2008, RC n.º 531/2005 y 2650/2003, y otra de 21 de noviembre de 2008, RC n.º 411/2004) que reiteran la doctrina fijada por las Sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005 —citadas para acreditar el interés casacional—. Posteriormente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan sólo una posibilidad para el órgano ju-

dicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquéllas, entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetadas en casación siempre que aquéllas sean consecuencia de la ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Sólo es posible revisar este juicio en casación cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del motivo y del recurso, pues el juicio prospectivo de la Audiencia Provincial acerca de la imposibilidad de que la actora pueda obtener en un plazo concreto (ni siquiera el de 7 años recogido en la sentencia del Juzgado) un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente no es gratuito o arbitrario, sino que se alcanza valorando, con parámetros de prudencia y ponderación, factores concurrentes, de los que menciona el artículo 97 CC, tales como las condiciones subjetivas de la esposa, y en particular, su edad (49 años), la situación de invalidez reconocida como consecuencia de una minusvalía del 33%, su falta de experiencia profesional continuada, y la ausencia de cualificación, los cuales en conjunto le sirven para formar la convicción de que la función de compensar el desequilibrio que corresponde a la pensión compensatoria sólo puede entenderse cumplida fijándola con carácter vitalicio.

## VIVIENDA FAMILIAR

El contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento y en caso de fallecimiento del titular se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y, entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la norma.

### Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010

---

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

#### ANÁLISIS DEL CASO

---

Doña Daniela promovió demanda de juicio ordinario de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda contra Doña Gracia y Doña Lidia, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «dicte sentencia por la que, estimando la demanda: A) Se declare que el contrato de arrendamiento de vivienda situada en Santa Cruz-Oleiros, ..., ha quedado extinguido por fallecimiento del inquilino Don Rogelio. B) Se declare que las demandadas no han cumplido los requisitos legales para que se produzca la subrogación a su favor, condenándolas a que dejen libre la vivienda bajo apercibimiento de ser lanzadas si no lo verificasen voluntariamente, o SUBSIDIARIAMENTE Y SÓLO PARA EL CASO de que no se estimasen los pedimentos anteriores, C) Se declare que las demandadas están obligadas a notificar al arrendador la identidad del subrogado. D) Se declare que el arrendamiento de la vivienda situada en Santa Cruz-Oleiros, ..., no comprende el desván del inmueble, condenando a las demandadas a dejar el desván libre y a disposición de la propiedad. Todo ello con imposición de las costas de este procedimiento».

Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada para la contestación a la demanda, la Procuradora Doña María del Mar Rodríguez González, en nombre y representación de Doña Gracia y Doña Lidia, se opuso a la misma, suplicando al Juzgado la desestimación de la demanda contra ellas deducida.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de los de La Coruña dictó Sentencia el 12 de mayo de 2005 desestimando la demanda.

En grado de apelación la Sec. 4.ª de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 2 de enero de 2006 estimando el recurso interpuesto por la arrendataria, declaró que «el contrato de arrendamiento de vivienda, que no comprende el desván del inmueble, ha quedado extinguido por fallecimiento del inquilino Don Rogelio, al no haber cumplido las demandadas los requisitos legales para que se produzca la subrogación del contrato a su favor, condenamos a las demandas a estar y pasar por tales declaraciones, y a que dejen libre, a disposición de la actora, la vivienda y desván, bajo apercibimiento de lanzamiento si no lo

verificasen voluntariamente, todo ello, sin hacer expresa condena a ninguna de las partes de las costas procesales causadas en ambas instancias».

Doña Gracia y Doña Lidia interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Daniela formuló demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda contra Doña Gracia y Doña Lidia. La actora se presentaba como propietaria en régimen de gananciales con su esposo de la vivienda sita en la DIRECCIÓN000, NÚM000, NÚM001, de Santa Cruz-Oleiros, provincia de La Coruña, y arrendadora de la citada vivienda al marido de la primera y padre de la segunda de las demandadas, Don Rogelio. Dicha relación arrendaticia se hallaba en vigor antes de que la actora y su marido adquirieran el inmueble de sus anteriores propietarios. Entre finales de 1997 y principio de 1998 falleció el inquilino, el Sr. Rogelio, si bien permanecían residiendo en la vivienda la esposa y la hija del finado, «sin que, hasta hoy, nada se haya notificado ni respecto al fallecimiento del inquilino inicial ni respecto a una hipotética subrogación de cualquiera de las dos demandadas», por lo que solicitaba que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda y que las demandadas no habían cumplido los requisitos legales para que se produjera la subrogación a su favor, con condena a las demandadas a que abandonasen la vivienda y, subsidiariamente, que se declarase que las demandadas estaban obligadas a notificar al arrendador la identidad del subrogado y que se declarase que el arrendamiento de la vivienda no comprendía el desván del inmueble.

Las demandadas reconocieron que el contrato de arrendamiento de la vivienda databa de 1 de octubre de 1963 y que fue concertado por el Sr. Rogelio cuando ya estaba casado para constituir allí el domicilio conyugal. Se manifestaba que tanto la actora como su marido tuvieron conocimiento del fallecimiento de Don Rogelio, pues asistieron al sepelio, «siendo los propios demandantes quienes le indicaron verbalmente a Doña Gracia que continuase efectuando los pa-

gos a nombre de su difunto marido finalmente, se negaba la condición de arrendataria de Doña Lidia “falta de legitimación pasiva” y se concluía solicitando la desestimación de la demanda».

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, rechazando, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación pasiva. Parte de que el año de celebración del contrato de arrendamiento —1963— determina, por aplicación de la Disposición Transitoria Segunda, letra B), de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que la cuestión procedimental se deba dilucidar por la nueva Ley (punto 9 del precepto citado), mientras que, en lo sustantivo, sigue siendo de aplicación la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, salvo algunos matices. Considera que la cuestión a resolver es eminentemente jurídica, al consistir en determinar si al contrato de arrendamiento suscrito exclusivamente por uno de los cónyuges que posteriormente fallece, cuando el arrendamiento fue contratado constante matrimonio y para vivienda familiar, debe aplicarse el régimen de subrogación establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. Después de exponer las distintas tesis jurisprudenciales que mantienen criterios contradictorios al respecto, concluye desestimando la demanda al entender que puede considerarse que el arrendatario contrató por sí mismo y como representante de su esposa, con lo que la esposa devendría de derecho en arrendataria, «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».

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, con estimación de la de-

manda, por considerar que «la doctrina seguida por esta Audiencia Provincial en sus distintas Secciones (SAP —3.ª— de 9 de marzo de 1993, SAP —4.ª— de 30 de marzo y 12 de julio de 1993, SAP —5.ª— de 31 de julio de 1992, entre otras), reciente exponente es la nuestra de fecha 28 de marzo de 2000, es la que la titularidad de la relación contractual la ostenta el cónyuge contratante, en virtud del principio de relatividad de los contratos, que sólo vincula a los concretos contratantes (artículo 1257 del Código Civil), dado el carácter personal del derecho de arrendamiento, y la misma regulación legal especial del arrendamiento, sujeto a un régimen específico de sucesión *mortis causa* de dicho derecho que debe ser respetado (artículos 58 de la LAU de 1964; 16 y 23 de la LAU de 1994)». Continúa razonando que, efectivamente, pueden existir contratos de arrendamiento en los que la posición del arrendatario la ostente una pluralidad de personas físicas, si bien es preciso que así conste de manera expresa, incluso en el supuesto como el de autos, en el que el contrato se celebró en 1963, cuando las leyes limitaban la capacidad y autonomía jurídica de la mujer casada, pues nada impedía que hubiera figurado la firma de la mujer como arrendataria, aunque tuviera que ser completado su consentimiento con el de su marido. Por tanto, figurando la codemandada Doña Gracia como esposa del arrendatario, fallecido éste, podría haberse subrogado en la relación arrendaticia, por lo que, no habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 para acceder a tal subrogación, cabía estimar la demanda.

Frente al pronunciamiento de la Audiencia, las codemandadas interpusieron recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundando el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la cotitularidad material de la esposa no firmante formalmente del contrato de arrendamiento firmado por el esposo antes del año 1975, destinado a hogar familiar, a los efectos de la aplicación o no del régimen de subrogación *mortis causa* previsto en la Disposición Transitoria 2.ª y en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. En el escrito

de preparación se oponían las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 17 de febrero de 2003 y de 24 de marzo de 2003, a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 22 de diciembre de 2003 y de 5 de julio de 2004. En el escrito de interposición se hizo alusión a otras Sentencias de Audiencias Provinciales, tales como las de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) de 23 de enero de 2004, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) de 24 de junio de 2000, de la Audiencia Provincial de Zamora de 27 de julio de 1999, de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5.ª) de 5 de mayo de 2003, de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7.ª) de 5 de marzo de 2002, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) de 5 de febrero de 2001, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) de 11 de enero de 1994, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) de 14 de abril de 1999, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª) de 9 de mayo de 1997 y de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5.ª) de 9 de marzo de 1999.

La cuestión que ha accedido a casación es determinar si, en los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, cuando el marido figuraba como único arrendatario pese a haberse celebrado constante el matrimonio en régimen económico de gananciales y siempre que la vivienda fuese destinada a vivienda familiar, al fallecimiento del marido, la esposa continuaba en el arrendamiento por considerársela también parte arrendataria o, por el contrario, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en relación con la Disposición Transitoria 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 finado.

Algunas Audiencias consideraban que debía reputarse que la esposa no firmante en realidad era arrendataria, por lo que, al fallecer el marido, no se producía ninguna modificación en la relación locativa, al permanecer el citado contrato en los mismos términos pactados, si bien entendido

exclusivamente respecto de la arrendataria supérstite. Por el contrario, otras Audiencias reputaban necesaria la comunicación del fallecimiento al arrendador y la intención de permanecer en el arrendamiento por subrogación del finado, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Tal contradicción jurisprudencial es actualmente inexistente porque esta Sala ya se ha pronunciado sobre la anterior controversia en las Sentencias de 2 de mayo de 2005 (recurso 1913/2001) y 3 de abril de 2009 (recurso 1200/2004). Esta última fijó expresamente doctrina jurisprudencial, en los términos exigidos por el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ser estimatoria del recurso, en el siguiente sentido: «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». Para llegar a esta conclusión se razonó que había que partir de la base de que «el contrato de arrendamiento urbano 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, tal como establece el artículo 1257 CC. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la substitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al

arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT segunda, LAU, B». En relación al régimen económico matrimonial, la sentencia sostiene que «la subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes. Las razones son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, 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.

2.<sup>a</sup> El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario.

3.<sup>a</sup> La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la Legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la DT 2.B) LAU.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la Sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2010 (recurso 1275/2005).

Por tanto, debe aplicarse la doctrina jurisprudencial anterior al presente caso, con la consecuencia de que se debe desestimar el recurso de casación planteado, con confirmación de la sentencia de apelación y estimación de la demanda de desahucio.

**No constituye título hábil de oposición a la acción de desahucio por precario la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la ex esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.**

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de julio de 2010**

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

## ANÁLISIS DEL CASO

---

Doña Florinda promovió demanda de juicio verbal sobre desahucio por precario contra Doña Ángela solicitando que se declare que «la demandada ocupa en precario la vivienda descrita en el hecho primero de esta demanda declarando haber lugar al desahucio de la misma y condenado, por ende, a dicha demandada a desalojar y dejar a la libre disposición de mi representada la referida vivienda dentro del plazo legal, con apercibimiento de judicial lanzamiento, caso de no proceder al desalojo voluntario en el plazo que se señale, con expresa imposición de las costas del juicio a la demandada».

Admitida a trámite la demanda por Auto de 11 de junio de 2004, se dio traslado a la demandada y se citó a las partes para la celebración de la vista, que tuvo lugar el 15 de julio de 2004, donde se ratificó en su demanda la parte actora y contestó, oponiéndose, la parte demandada.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Aranda de Duero dictó Sentencia el 21 de julio de 2004 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sección 2.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 24 de mayo de 2005, estimando el recurso y declarando haber lugar a la demanda de desahucio por precario, condenando a la demandada a desalojar la vivienda, con apercibimiento de lanzamiento, de no proceder al desalojo voluntario en el plazo que se señale.

Doña Ángela interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

La actora, Doña Florinda, afirma ser propietaria de una vivienda sita en la finca FINCA000 de la Villa de Aranda de Duero, que se localiza en la llamada zona privada de la referida finca. La demandante cedió el uso y disfrute a título gratuito de dicha vivienda a su hijo, Don Maximo, para que fijara en ella su domicilio, junto con la que era su esposa, Doña Ángela, ahora demandada. El matrimonio, junto con las hijas de ambos, vino ocupando la vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, adjudicándose en sentencia de separación el uso de la vivienda a la hasta entonces esposa.

Ejercita la actora acción de desahucio por precario contra la que fuera esposa de su hijo.

El Juzgado de Primera Instancia califica la relación jurídica existente entre las partes como un contrato de comodato, desestimando íntegramente la demanda. Recurre en apelación la parte

demandante. La Audiencia Provincial califica el uso de la vivienda por la demandada como precario y niega que la atribución de este uso acordada en sentencia de separación pueda oponerse a la actora como título que ampare la posesión por la demandada, dado que tal resolución no resulta oponible *erga omnes*. Precisa que, en el momento de ceder el uso de la vivienda, la actora actuó en calidad de propietaria, sin que en nada afecte a la decisión de estimar la demanda el hecho de que en la actualidad resulte ser propietaria de la mitad indivisa de la vivienda y de la finca en la que está situada, y usufructuaria universal del resto, siendo el hijo de la actora, ex esposo de la demandada, nudo propietario de la otra mitad de la vivienda, como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales de sus padres y posterior división de la herencia de su fallecido padre.

Recorre en casación la parte demandada, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC en sus vertientes de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por resolver puntos o cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Articula dicho recurso en dos motivos que pueden ser resueltos conjuntamente, a la vista de las alegaciones contenidas en ellos. Así, tras citar como infringidos los artículos 7.1, 1749, 1750, 1280 y 1227 del Código Civil, alega en el primer motivo que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias de 18 de octubre de 1994 y 2 de diciembre de 1992, que establece que las resoluciones judiciales que atribuyen el uso y disfrute del domicilio familiar constituyen título oponible *erga omnes* suficiente para apreciar la existencia de un comodato y no de una situación de precario. En el segundo motivo plantea la misma cuestión jurídica y sustenta, en este caso, el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El recurso plantea a la Sala, una vez más, el conflicto que se genera cuando el propietario de un inmueble ha cedido su uso a un familiar, generalmente un hijo o hija, para que en él se fije el domicilio familiar, posteriormente deviene la ruptura matrimonial o de la convivencia y una resolución judicial atribuye a uno de los cónyuges o convivientes el uso de la vivienda. Se trata, pues, de dilucidar qué facultades de recuperación del inmueble le quedan a ese tercero, propietario de la vivienda y afectado por una resolución judicial dictada en un proceso de familia.

Las sentencias más recientes dictadas por esta Sala han abandonado la tesis de las sentencias invocadas por la recurrente en el primer motivo como fundamentadoras del interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, esta nueva jurisprudencia ha unificado la doctrina de las Audiencias Provinciales, por lo que tampoco existe ya el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales que se aduce en el segundo motivo.

Así, la Sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005 (y a partir de ella otras muchas, como las de 30 de junio y 22 de octubre de 2009, entre las más recientes), puso de manifiesto, para resolver conflictos como el ahora planteado, la necesidad de analizar cada caso concreto para definir si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En tal caso, se deberán aplicar las normas reguladoras de este negocio jurídico. Sin embargo, en el supuesto de que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión. En este último caso, 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 (recurso 1994/2005), «Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios». Sigue diciendo la sentencia, como ya se avanzó, que «esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la Sentencia de 26 diciembre 2005». Esta jurisprudencia ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, esta vez de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000).

En definitiva, la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que

la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

En la proyección de la anterior doctrina al caso que se examina, resulta que la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante y a la demandada era la propia de una situación de precario. Dicha calificación la funda la Audiencia, tras el examen de la prueba practicada, en que el uso no se pactó por tiempo concreto, ni se satisfizo pago alguno como consecuencia de la ocupación de la vivienda, lo que permite concluir a la Audiencia que la actora se limitó a ceder una vivienda de su propiedad para que fuera ocupada por su hijo y su familia, situación que califica como precario, con la consecuente facultad de la actora de reclamar la vivienda a su voluntad.

Por tanto, la solución que ofrece la sentencia recurrida se ajusta al criterio de esta Sala y debe ser mantenida en casación. La Audiencia no ha tenido por acreditada la concurrencia de las notas definitorias del préstamo de uso, por lo que califica la relación entre las partes como una

mera situación de precario. A su vez, tal calificación no se ve alterada por el hecho de que, tras la muerte del esposo de la actora y como consecuencia de la división de su herencia y la previa disolución de la sociedad de gananciales, resulte ser propietaria ahora la demandante de la mitad indivisa del inmueble y usufructuaria de la otra mitad, pues tal circunstancia no altera el título en virtud del cual la demandada viene usando y disfrutando del inmueble, a lo que se debe añadir, tal y como indica la Audiencia, que en el momento en el que se cedió la vivienda la actora era la única propietaria. En definitiva, la actora cedió la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar, pero no consta su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, no se dan los elementos característicos del comodato, por lo que la posesión de la vivienda por la demandada lo es a título de precario.

Como conclusión, debe insistirse en que no constituye título hábil de oposición la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la ex esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.

## REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La perfección y consumación del contrato de compraventa se había producido al otorgarse en documento privado por los dos esposos pese a que la posterior compraventa en escritura pública sólo se otorgó por el esposo. Se estima la acción declarativa de dominio en el sentido de que la finca, vivienda unifamiliar, era propiedad indivisa por mitad de ambos cónyuges aunque figura en la escritura y en el Registro de la Propiedad como titular, únicamente, el esposo.

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

### ANÁLISIS DEL CASO

Doña Covadonga, interpuso demanda de juicio ordinario contra Don Amadeo y la entidad INMOGOLF, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de apli-

cación, terminó suplicando se dictara sentencia en la que «se condene a los demandados y se dicten los siguientes pronunciamientos: 1. Que el contrato de compraventa de fecha 8 de abril de 1988 suscrito por Sr. Amadeo y la mercantil INMOGOLF, S.A. sobre la finca descrita en el hecho tercero y otorgada ante el Notario de Cartagena, Don Miguel Cuevas Cuevas, es nulo de pleno derecho por contener causa ilícita. 2. La nulidad de todos los asientos registrales que se hubieren efectuado a favor del Sr. Amadeo en el Registro de la Propiedad en relación a la finca objeto de este litigio. Y en su virtud, se condene a los demandados: 3. A estar y pasar por las anteriores declaraciones: 4. A otorgar y realizar todos los actos que, en su caso, sean necesarios hasta lograr la total inscripción registral de la totalidad de la finca objeto del contrato de compraventa a favor de su auténtico titular dominical, es decir, mi mandante, en el Registro de la Propiedad correspondiente, por el derecho de accesión que le asiste, o, en virtud del principio de justicia rogada, se realicen todos los actos necesarios para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad la titularidad de mi mandante por la mitad indivisa de la finca litigiosa, o por el porcentaje que quede demostrado en este juicio que le corresponde a mi mandante de la finca objeto del mismo. 5. Al pago íntegro y de forma solidaria de las costas que genere el presente proceso».

Don Amadeo, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que «desestimando íntegramente la demanda absuelva a mi representado de todos los pedimentos formulados de contrario y condene a la demandante al pago de las costas procesales».

La codemandada Inmogolf, S.A., se allanó a la demanda.

El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 3 de Cartagena dictó Sentencia el 12 de marzo de 2004 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 5.<sup>a</sup> de la AP de Murcia dictó Sentencia el 9 de marzo de 2006, estimando en parte el recurso de apelación formulado por Doña Covadonga declarando que la vivienda es propiedad indivisa por mitad del que figura como titular y de la demandante Covadonga. Con expresa condena en costas al demandante.

Don Amadeo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

Es preciso, a los efectos de los presentes recursos por infracción procesal y de casación, calificar adecuadamente las acciones ejercitadas, pese a la poca precisión del suplico de la demanda. Son dos: la primera, la acción declarativa de dominio, pleno o por mitad indivisa, de una determinada finca y la segunda, la acción declarativa de nulidad de un contrato de compraventa en escritura pública.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección de Cartagena, de 9 de marzo de

2006, revocando la de primera instancia, objeto de los presentes recursos, desestimó la acción de nulidad, advirtiendo que la perfección y consumación del contrato de compraventa, se había producido al otorgarse en documento privado por los dos esposos —ahora, tras su separación, la demandante y el demandado— pese a que la posterior compraventa en escritura pública sólo se otorgó por el esposo demandado. Y estimó la acción declarativa de dominio en el sentido de que la finca, vivienda unifamiliar, era propiedad

indivisa por mitad de la demandante Sra. Covadonga y del demandado, aunque figura en la escritura y en el Registro de la Propiedad como titular, únicamente este último, Don Amadeo.

El primero de los motivos, que alega la infracción del artículo 1259 del Código Civil porque dicha norma ha servido para rechazar la pretensión de la parte contraria, la demandante, relativa a la nulidad de la escritura pública de compraventa. Reconoce la sentencia recurrida que el demandado actuó en nombre propio y que la autorización para contratar existía y destaca que no se discute la validez de la compraventa, sino la propiedad de dicho bien. Rechazada la acción de nulidad, la parte actora no ha recurrido, pues sí se le ha reconocido la propiedad, en una mitad indivisa del inmueble comprado, que era la esencia de su pretensión.

El segundo de los motivos, que alega la infracción del artículo 1462, primer párrafo, del Código Civil en relación con los artículos 609

y 1095 del mismo cuerpo legal, relativos a la entrega de la cosa comprada y la adquisición de la propiedad por el título y el modo, porque discute la prueba, lo que no cabe en casación, y no puede subvertir el hecho probado de que tras la compraventa en documento privado por ambos esposos, la finca fue entregada y ocupada por los mismos, dándose, pues, el título y el modo que implica la adquisición de la propiedad por uno y otro.

El tercero de los motivos, que alega infracción del artículo 1462, segundo párrafo, del Código Civil, porque no tiene sentido mantener la tradición instrumental que contempla esta norma, cuando se ha dado ya anteriormente, como es hecho probado, la tradición real.

En consecuencia, al desestimarse este recurso de casación, al igual que el de infracción procesal, procede la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se desestima la acción de nulidad del contrato de arrendamiento concertado por el esposo por un plazo superior a 25 años al estar caducada la acción, dado que estando incapacitada la esposa, la acción debió ejercitarse por el tutor (el hijo del matrimonio) dentro de los cuatro años siguientes al fallecimiento del esposo que fue la causa de disolución de la sociedad de gananciales.

## **Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

### **ANÁLISIS DEL CASO**

Don Landelino estaba casado con Doña Casilda. Por causa de una enfermedad mental, Doña Casilda fue incapacitada y su esposo nombrado tutor.

El 1 septiembre 1995, Don Landelino arrendó al ahora demandado Don Rosendo, unos locales que pertenecían a la sociedad de gananciales. El contrato de arrendamiento establecía entre sus cláusulas lo siguiente: a) el precio del arrendamiento era de 72.000 pesetas anuales; b) la duración del contrato era de 25 años prorrogables, de acuerdo con lo establecido en el artículo nueve de la Ley 29/1999. También vendió una plaza de garaje al mismo arrendatario. Dichos contratos no fueron autorizados judicialmente.

El arrendador Don Landelino, falleció el mes de diciembre de 1995. La esposa del arrendador falleció en el año 2004. Hasta el momento de su muerte fue su tutor su hijo Don Jesús Miguel, demandante y recurrente.

Don Jesús Miguel interpuso demanda de juicio ordinario contra Don Rosendo solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito en septiembre de 1995 e igualmente el supuesto contrato verbal de la plaza de garaje afecto a dicho local por ser contrario al Ordenamiento Jurídico sustantivo y a la Jurisprudencia al respecto, y en consecuencia resuelva el desalojo de las citadas oficinas dejando depositado los muebles, libros, etc., que establece la cláusula 13.<sup>a</sup> del contrato objeto de la presente demanda y del garaje mencionado por nulidad del contrato de arrendamiento o su inexistencia.

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de Don Rosendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «se dicte Sentencia en el sentido de desestimar íntegramente todas las pretensiones contenidas en la demanda interpuesta de adverso, absolviendo a mi representado de las mismas, y con condena en costa al demandante».

El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 6 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 12 de septiembre de 2005 estimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 7 de abril de 2006 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.

Don Rosendo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que consideró caducada la acción de nulidad al ejercitarse pasado el plazo de cuatro años desde que se disolvió la sociedad de gananciales.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

El heredero del arrendador, Don Jesús Miguel, demandó al arrendatario Don Rosendo. Pidió que se declarase la nulidad del contrato de arrendamiento porque dicho contrato era nulo al haber sido otorgado sin autorización judicial por el tutor de su madre, dado que el bien arrendado pertenecía a la sociedad de gananciales y que por tratarse de un acto de disposición, al tener el arrendamiento una duración superior a 25 años, se requería la autorización judicial. El demandado, después de alegar la validez del contrato, dijo que se trataba de un acto anulable y que la acción para reclamar la nulidad había caducado.

La Sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia número seis de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 12 septiembre 2005, estimó la demanda. Dijo que el arrendamiento litigioso «es un acto que excede la mera administración, al haberse concertado por un plazo de 25 años, y queda sometido, por tanto, a las exigencias de la disposición

de bienes inmuebles». Alega que no se discute la ganancialidad de los bienes arrendados y añade que en el caso en cuestión, «la esposa no intervino en el arrendamiento porque estaba incapacitada y el esposo, que era su tutor, a pesar de ser abogado en ejercicio, no solicitó autorización judicial, tal como exigen los preceptos invocados por el actor, artículos 1548 y 217.1 CC. En estos casos, sólo cabe acudir, dentro de la ineficacia, a la nulidad radical en subsanable, ya que el acto, en origen, fue radicalmente nulo por carecer de un requisito esencial, establecido por el legislador precisamente para proteger el patrimonio de quienes no pueden regir su persona y bienes». Asimismo declaró la nulidad de la venta de la plaza de garaje.

El demandado apeló dicha sentencia. La de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección tercera, de 7 abril 2006, estimó el recurso de apelación. Partiendo de la aplicación de los artículos 1301, 1387, y 1389 CC, entiende

la sentencia recurrida que el heredero del arrendador entabló una acción de anulabilidad. Respecto al momento en que se inicia el cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción, considera la sentencia recurrida que nace a partir del momento de la extinción de la tutela, lo que ocurre en el momento del fallecimiento de la tutelada en el año 2004; por ello la acción interpuesta en el año 2005 está dentro de plazo.

Se van a examinar conjuntamente los motivos primero y segundo. El primer motivo denuncia la infracción del artículo 1301 CC y en concreto su apartado referido a la caducidad de la acción de nulidad cuando se refiere a los contratos celebrados por los menores y los incapacitados. Lo que constituye el fundamento de la sentencia de la Audiencia Provincial en relación a la aplicación del artículo 1301 CC, contradice su sentido literal porque resulta manifiesto que sólo comprende aquellos bienes que sean exclusivos de menores o incapacitados, pero en ningún momento permitiría su extensión respecto de los bienes gananciales.

El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 1301 CC y, en concreto, por aplicar el apartado que regula la acción de nulidad de los contratos celebrados por menores e incapaces, cuando debería haber aplicado el relativo a los actos y contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando ese consentimiento fuere necesario y establecer como inicio del cómputo de caducidad el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato. La sentencia recurrida reconoce expresamente la aplicabilidad al caso de los artículos 1387 y 1389 CC, que constituyen normas de aplicación preferente en los supuestos de incapacidad de uno de los cónyuges pero en cambio deja de aplicar los preceptos relativos a los bienes gananciales respecto a la caducidad de la acción.

Se estiman los motivos primero y segundo. La primera de las cuestiones que debe fijarse es la relativa a si un acto de disposición que requiere el consentimiento de ambos cónyuges, puede ser realizado por el capaz actuando por sí mismo y a la vez como tutor del cónyuge incapacitado. Lo que se pregunta en ese caso es

si el marido tutor estaba autorizado legalmente para contratar a la vez en nombre propio y de su mujer incapacitada sin pedir la autorización judicial. La respuesta ha de ser negativa, porque el artículo 1389 CC exige la concurrencia de la autorización judicial en este concreto caso. Declarado que el arrendamiento contratado por un plazo de 25 años es un acto de disposición y no de administración, debe aplicarse lo que dispone el artículo 1389.2 CC, que exige la autorización judicial.

A continuación, debemos plantear cuál es el tipo de ineficacia que corresponde a los actos de disposición sobre bienes inmuebles efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización. Debe advertirse que en el presente supuesto no puede aplicarse la doctrina contenida en la Sentencia del Pleno de esta Sala, de 22 abril 2010 y en la de 8 julio 2010 que la aplica, que declaran la nulidad de los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial. La imposibilidad de aplicar la doctrina contenida en estas sentencias deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a bienes gananciales efectuados por el esposo tutor sin autorización judicial, contenidas en el citado artículo 1389.2 CC.

En los casos resueltos en las citadas sentencias, se parte de la base contraria a la que existe respecto de la disposición de los bienes gananciales, porque el Código Civil contiene una norma específica reguladora de la ineficacia de estos actos o contratos, que hay que aplicar necesariamente cuando se trata de disposición de bienes gananciales sin las correspondientes autorizaciones. Se trata de la norma contenida en el artículo 1322 CC, que dice que cuando la ley exija para un acto de administración que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro, «los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido». El supuesto contemplado en el artículo 1398.2 CC está incluido en este supuesto, porque obedece a la misma razón.

Por tanto la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no

es la nulidad general de los artículos 1259 y 4 CC, como ocurre en la disposición por el padre o el tutor de bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los artículos 1389 y 1322 CC, que establecen un tipo de ineficacia concreto para la disposición de los gananciales sin la preceptiva autorización.

Declarado que la ineficacia producida es la anulabilidad, hay que determinar en qué momento se inicia el plazo para el cálculo de los cuatro años de caducidad establecido en artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción. Ciertamente, el artículo 1301 CC establece una norma específica para determinar el inicio del plazo en los casos en que la acción se dirija a «invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando ese consentimiento fuere necesario». Este plazo empieza a contar «desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto contrato». A dicho supuesto debe equiparar-

se el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se haya producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el artículo 1322 CC.

De aquí se deduce lo siguiente: a) debe aplicarse el artículo 1301, último párrafo; b) éste establece que el plazo de caducidad comenzará a contar en el caso de las acciones para pedir la anulabilidad de un acto referido a los bienes gananciales desde el momento de la disolución del régimen o de la del matrimonio, que en este caso coinciden, porque el matrimonio se disolvió por muerte de unos de los cónyuges, el marido, en 1995; c) a partir de aquel momento, el heredero y a la vez tutor de su madre pudo haber ejercido la acción para anular el contrato otorgado sin autorización judicial.

Habiendo interpuesto la acción el 31 enero 2005, había transcurrido dicho plazo de cuatro años, por lo que la acción había ya caducado.

## FILIACIÓN

Se considera prescrita la acción de responsabilidad extracontractual por daño moral interpuesta por el ex esposo tras la declaración de que no era el padre de una de las hijas, dado que aunque estamos ante un supuesto de daños continuados existe un plazo determinado para el ejercicio de la acción.

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2010**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

## ANÁLISIS DEL CASO

Don Hilario y Doña María contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1973.

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

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

A instancia de Don Hilario se siguió procedimiento de impugnación de la paternidad, terminado por Sentencia de 27 de marzo de 2003 que declaró que Aída no era hija biológica suya.

En 23 de marzo de 2001 el hospital «Virgen del Puerto» emitió informe de que Don Hilario había sido operado de vasectomía el 29 de junio de 1989.

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

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

Don Hilario hizo transferencias periódicas mensuales de dinero a Doña María desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

Don Hilario sufrió un síncope en marzo de 2001, mientras se celebraba la vista de las medidas previas a la separación, y tuvo que ser atendido en un hospital. El 3 de septiembre de 2001, tras mantener una tensa conversación con la esposa, sufrió un síncope cardiogénico por el que hubo de ser atendido en el mismo hospital, desde donde por la gravedad de la situación fue remitido a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde fue intervenido para implantarle un marcapasos en el propio año 2001. Viene siendo tratado de su miocardiopatía dilatada desde el año 2001, con revisiones periódicas cada seis meses.

Con fecha 15 de noviembre de 2005 Don Hilario presentó demanda contra Doña María solicitando se dictara sentencia «en la que se contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: a) daño moral por la pérdida de una hija: 300.000 euros. b) daño moral por los daños físicos y secuelas psicológicas: 100.000 euros. c) daño moral por deterioro de su fama, honor, etc.: 100.000 euros. d) daño patrimonial y enriquecimiento injusto: 14.638,13. Condenar a la demandada al pago de las costas causadas y que se causan en el presente litigio».

Emplazada la demandada compareció y contestó a la demanda alegando prescripción de la acción, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se desestimara la demanda y se la absolviera de la misma con imposición de costas al demandante.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Plasencia dictó Sentencia el 18 de marzo de 2006 desestimando la demanda al apreciar la prescripción.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó Sentencia en fecha 13 de septiembre de 2006 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.

Don Hilario interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La estimación de la excepción de prescripción se basó por la Audiencia Provincial en los siguientes motivos:

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

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

3.<sup>a</sup> En el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestos en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda, pues «no es de recibo que se aproveche un informe de la consulta realizada el día 6 de septiembre de 2005 para decir que ésta es la fecha en la que [el demandante] tuvo conocimiento de las consecuencias de la miocardiopatía dilatada, pues,

insistimos, dicha enfermedad se produjo en el año 2001, y desde entonces pudo solicitar los daños morales derivados de la misma, y, sin embargo, espera hasta el año 2005, cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción de un año, a contar desde que pudo ejercer la acción».

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

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción con base en el artículo 1968.2.º CC, al haber transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño por el demandante y la interposición de la demanda, entendiéndose por tanto que la acción ejercitada se fundaba en el artículo 1902 CC, y la sentencia de apelación, desestimando el recurso del actor, la confirmó rechazando que los daños alegados en la demanda continuaran produciéndose, o al menos que hubieran seguido produciéndose hasta el 6 de septiembre de 2005, y entendiéndose, en cambio, que la última fecha posible a considerar como inicio del cómputo de dicho plazo era el 27 de marzo de 2003, día en que se había notificado al demandante la sentencia declarando que la referida joven no era hija biológica suya.

Entrando a examinar por tanto el único motivo del recurso, fundado en infracción del artículo 1969 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción en los casos de daños continuados, su alegato no discute que la acción ejercitada por el hoy recurrente fuera la de res-

ponsabilidad civil extracontractual, fundada en el artículo 1902 CC, ni que el plazo de prescripción aplicable sea el de un año, establecido en el artículo 1968.2.º del mismo Cuerpo legal.

Su disconformidad se centra, ante todo, en que el tribunal sentenciador no haya considerado que el daño continuaba produciéndose y agravándose dentro del año anterior a la interposición de la demanda. Así, alega que los daños cuya reparación solicita comenzaron en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, ya que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; que continuaron en el año 2002, cuando al recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que hasta entonces había tenido por hija y, por tanto, la pérdida de una hija y el «sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro»; que en el año 2003 interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas, solicitando la custodia de su hijo, aquejado éste de una discapacidad que del 34% había pasado al 52%, y la extinción de la pensión de alimentos a quien no era hija suya; que en opinión del recurrente el empeoramiento de su hijo se debió a la conducta de su madre; que mientras él había cumplido sus deberes de padre para quien en realidad no era hija suya, el verdadero padre, en cambio, «se había visto eximido del deber de alimentar a su hija» gracias a la conducta de la demandada; que los daños habían continuado cuando en septiembre de 2004 el hoy recurrente tuvo que solicitar la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a la demandada, ya que ésta comenzó a «tener convivencia marital con una persona desde el mismo día que el Sr. Hilario [el actor-recurrente] dejó la vivienda familiar»; que mientras tanto la salud del recurrente se iba deteriorando progresivamente, ya que mientras en el informe médico del año 2001 se indicaba que con una determinada medicación podría hacer vida normal con ejercicio moderado, en el de fecha 6 de septiembre de 2005, en cam-

bio, se constataba un empeoramiento determinante de que en 16 de noviembre el Centro de atención a la discapacidad de Extremadura le reconociera un grado de discapacidad del 65%; que el 13 de enero de 2006 fue ingresado en un centro hospitalario y el siguiente día 19 se le dio de alta presentando un cuadro sugestivo de «amnesia global transitoria»; que además de su padecimiento cardíaco el recurrente sufre una significativa afectación psíquica, «trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso-depresivo», que ha precisado asistencia psiquiátrica ambulatoria desde septiembre de 2004 por las situaciones de estrés vividas desde el año 2001; que estas patologías determinaron que el 12 de mayo de 2006 se declarase su incapacidad total para la profesión habitual por el Equipo de Valoración de Incapacidades; que hasta 2001 su estado de salud era normal; que hubo dolo y mala fe en la conducta de la demandada y en sus obligaciones matrimoniales, con un ánimo de injuriar al recurrente que trascendió a la sociedad, con su consiguiente desprestigio; y en fin, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia citada, «hasta la producción del definitivo resultado, que en el caso que nos ocupa se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el que se constata el empeoramiento de mi representado».

A la vista de tales hechos probados y razonamientos jurídicos ha de ser desestimado el único motivo del recurso, porque la sentencia impugnada, lejos de infringir el artículo 1969 CC y la jurisprudencia sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, se ajusta plenamente a la interpretación por esta Sala de dicha norma y del artículo 1968.2.º CC, que es el verdaderamente aplicado.

Ante todo debe señalarse que el tribunal sentenciador se pronuncia sobre la prescripción de la acción teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados, con cita expresa de varias Sentencias como las de 12 de febrero de 1981, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 y 15 de marzo de 1993, y ninguna de las dos partes discute el contenido de esta jurisprudencia, confor-

me a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» (SSTS 15 de marzo de 1993, citada en la sentencia recurrida, y 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007 entre otras), como también se puntualiza que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas (SSTS 22 de julio de 2008 y 3 de diciembre de 2007, con cita en ambas de otras muchas).

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

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

Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala. Aunque la Sentencia de 30 de junio de 2009 (recurso 532/2005) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial, considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño sólo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera «pérdida de una hija».

En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la Sentencia de 28 de octubre de 2009 (recurso 170/2005) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1968.2.º CC, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el ar-

título 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción.

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

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento

cardíaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la Sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el artículo 1902 CC, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado.

## INCAPACIDAD

Los actos dispositivos llevados a efecto por el tutor sin la autorización judicial son nulos pues ésta se constituye en un elemento esencial del negocio jurídico.

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 8 de julio de 2010**

Ponente: **Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías**

### ANÁLISIS DEL CASO

Una familia había formado un grupo de sociedades, al que pertenecían las sociedades GRUPO CYCLEUROPE, S.A., hoy BEISTEGUI HERMANOS, S.L., demandante en este

pleito. A GRUPO CYCLEUROPE pertenecía la sociedad CYCLEUROPE ESPAÑA, S.A., hoy BI-FIT, S.A., dentro de la que se incluía BICICLETAS DE ÁLAVA, S.A., entre otras.

Después de un largo período de enfrentamientos entre dos ramas de la familia y de las correspondientes negociaciones, se consumó la separación de unos hermanos, de los otros miembros de otra rama de la misma familia. Los tres últimos se encontraban incapacitados, sus tutoras eran sus hermanas Doña Rita y Doña Remedios.

Habiendo llegado a un acuerdo, la mayoría de las acciones que Don Fermín y Don Fidel poseían en el GRUPO CYCLEUROPE, S.A. y EBH INMUEBLES, S.A. fueron aportadas en fecha 30 de julio de 1996 a otras dos sociedades BEISMUM, S.L. y NUMBEIS DOS S.L., manteniendo dichos demandados 21.458 acciones cada uno de ellos en GRUPO CYCLEUROPE, S.A.

El 25 de octubre de 1996 el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 1 de Vitoria-Gasteiz dictó un auto autorizando a las cotutoras Doña Remedios y Doña Rita para realizar diversos actos en relación con la liquidación de las relaciones de sus hermanos incapacitados dentro del grupo de empresas Beistegui. Entre los actos autorizados y en lo que se refiere al presente litigio, se encuentran los siguientes: i) Respecto de Don Fermín: a) ratificar la aportación de 251.010 acciones del Grupo Cycleurope S.A.; b) 56.967 acciones del Grupo EBH Inmuebles, y c) 6.368 acciones del Grupo EBH Inmuebles para la suscripción de la ampliación de capital de NUMBEIS DOS, S.L., otorgada en escritura pública de 30 de julio de 1996; ii) Se decidió lo mismo con relación a las aportaciones de Don Fidel, con la única diferencia que la sociedad cuyo capital se ampliaba era BEISMUM, S.L.; iii) Se autorizaba a las cotutoras Doña Remedios y Doña Rita para que «puedan adjudicarse bienes inmuebles o partes indivisas de los mismos en las reducciones de capital de las sociedades GRUPO CYCLEUROPE, S.A. y EBH INMUEBLES, S.A.».

El 31 de octubre de 1996 se firmaron una serie de contratos (cuatro escrituras públicas y dos documentos privados), cuya finalidad era documentar los acuerdos a que se había llegado para la salida de los hermanos Fermín, Inés, Remedios, Fidel y Rita del grupo de empresas Beistegui. Se concedió a Don Fermín y a Don Fidel un equivalente de 13.843 acciones de una sociedad filial del grupo denominada CYCLEUROPE ESPAÑA, S.A., en una de cuyas sociedades, BICICLETAS DE ÁLAVA, S.A., prestaban sus servicios ambos como trabajadores y ello con la finalidad de no verse apartados de dicha empresa.

El mismo día 31 de octubre de 1996, Doña Rita y Doña Remedios en su condición de tutoras de Don Fermín y Don Fidel, después de manifestar que ambos son propietarios de 13.843 acciones de la sociedad CYCLEUROPE ESPAÑA, S.A., que habían adquirido el 30 de diciembre de 1991 por adjudicación realizada en esta misma fecha en la reducción de capital de GRUPO CYCLEUROPE, S.A., otorgaron con Don Lázaro, primo suyo, un contrato privado denominado «de opción de compra y venta de las referidas acciones». Don Lázaro, como representante del GRUPO CYCLEUROPE, se obligaba a comprar dichas acciones en el supuesto de que las cotutoras «[...] decidieran la venta de las mismas, en el caso y para los supuestos de que Don Fermín y Don Fidel dejaran por cualquier causa de trabajar en sociedades y empresas participadas directa o indirectamente por CYCLEUROPE ESPAÑA, S.A.». «Asimismo Doña Remedios y Doña Rita, en la representación que ostentan, conceden a la Mercantil GRUPO CYCLEUROPE, S.A., quien acepta, opción de compra sobre las referidas acciones».

BEISTEGUI HERMANOS, S.L., actual denominación de CYCLEUROPE ESPAÑA, S.A., demandó a Don Fermín y Don Fidel y sus hermanas y tutoras Doña Rita y Doña Remedios, así como a éstas a título personal. Efectuó diversas peticiones, desistiendo más delante de las cuatro presentadas como principales y definitivamente pidió: «a) que se condene a los demandados a solicitar autorización judicial a posteriori para enajenar las 21.458 acciones de las que los hermanos Don Fermín y Don Fidel eran titulares en la sociedad GRUPO CYCLEUROPE; b) que se les condene a otorgar el contrato de concesión recíproca de opción de compra y venta de dichas acciones y a otorgar los respectivos contratos».

Los demandados contestaron diciendo que estas acciones se conservaron porque los hermanos incapaces trabajaban en una de las empresas del grupo, de modo que el mantenimiento de su condición de accionistas les proporcionaba seguridad en su puesto de trabajo dada su condición; que las acciones cuya venta se reclama tienen un valor simbólico ya que constituyen únicamente el 2,5% del total y que no se había pedido autorización para dicha venta, de modo que el contrato privado de 31 octubre 1996 era nulo.

La Sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 6 de Vitoria-Gasteiz, de 19 diciembre 2005, desestimó la demanda. Los argumentos principales son: a) los tutores carecían de autorización para aceptar en nombre de los sometidos a tutela una operación de reducción de capital cuya contraprestación se efectuaba en acciones y no en inmuebles, lo que provoca su ineficacia; b) no es posible emitir una sentencia condenando a las cotutoras a pedir la autorización judicial, de modo que al no haberse producido, no se puede emitir una condena de hacer, «constándole como le consta que el acto antecedente presenta una apariencia clara de ser inexistente».

En grado de apelación, la Sentencia de la AP de Álava, Sección 2.<sup>a</sup>, dictó Sentencia el 5 junio 2006 desestimando el recurso. Dice la sentencia que: a) Los negocios otorgados el 31 de diciembre son interdependientes, porque tenían «como finalidad que los hermanos Fermín, Inés, Remedios, Fidel y Rita saliesen del GRUPO CYCLEUROPE, y, además, los contratos sobre los que se solicita ratificación pretendían que las acciones de Don Fermín y Don Fidel en CYCLEUROPE ESPAÑA, volviesen a ser propiedad de GRUPO CYCLEUROPE, S.A., por lo que consideramos que tenían autonomía respecto a todos los demás», de modo que «el hecho de que no tengan validez no afecta a la eficacia del resto de los contratos [...]»; b) la jurisprudencia y la doctrina entienden que la ley no faculta a las tutoras para realizar un acto de enajenación de los bienes de los sometidos a tutela sin previa autorización judicial, por lo que faltaba uno de los elementos previstos en el artículo 271 CC, de modo que los contratos de 31 de octubre de 1996 sobre amortización de 21.458 acciones del grupo CYCLEUROPE S.A. y el contrato de opción de compra y venta de las 13.843 acciones de CYCLEUROPE ESPAÑA, S.A. adquiridas por Don Fermín y Don Fidel «carece de validez por faltar un elemento esencial como es la autorización judicial previa que equivale al consentimiento de las personas que en este caso estaban legitimadas ex lege para ello, no sirviendo la ratificación o autorización posterior de un juez puesto que el negocio ya realizado es nulo».

La demandante BEISTEGUI HERMANOS, S.L. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El conjunto de las operaciones económicas llevadas a cabo entre las dos ramas de la familia Fermín, Inés, Remedios, Fidel, Rita y Lázaro para facilitar la salida de una de ellas del complejo económico, con las correspondientes compensaciones, no acabó de consumarse. Los hermanos Don Fermín y Don Fidel han mantenido la titularidad de unas acciones en una de las sociedades del grupo, con la finalidad de asegurar su puesto de trabajo en una de las empresas participadas, lo que implica, en realidad, mantener su participación en las juntas generales de la sociedad, a pesar de ostentar una posición minoritaria. Ésta es la razón del presente litigio.

La metodología correcta a aplicar en el análisis del presente recurso implica que se estudien en primer lugar los motivos segundo y tercero, que al mismo tiempo se van a examinar juntos porque responden a la misma problemática.

El segundo motivo denuncia la infracción del artículo 271 CC. Se cuestiona sobre la posibilidad de que el tutor pueda obtener una autorización judicial a posteriori, ya que el artículo 271 CC no la contempla. Alega la recurrente la Sentencia de 3 de marzo de 2006 y se pregunta si el contrato celebrado por el tutor es nulo o anulable; se inclina por la tesis de la anulabilidad. Entiende que si la tesis de la anulabilidad es aplicable a los actos realizados por los padres en nombre de los menores sin autorización judicial, también debe aplicarse la misma solución a los incapacitados. El tercer motivo señala la infracción del artículo 271 CC en relación con la doctrina de los actos propios, porque dice que las tutoras realizaron actos que acreditan que la autorización judicial a los tutores puede ser en la forma de ratificación *a posteriori*.

Los motivos segundo y tercero se desestiman. Es cierto que tanto la jurisprudencia como la doctrina han ofrecido distintas soluciones a un problema, el del tipo de ineficacia que afecta a los actos del tutor efectuados sin autorización judicial, que carece de regulación en el Código Civil.

La Sentencia del pleno de esta Sala, de 22 de abril de 2010, después de resumir las diferen-

tes posturas mantenidas en relación a la validez de los actos del padre realizados sin autorización judicial, ha interpretado esta falta de normativa en el sentido de que «[...] se trata de integrar el artículo 166 CC, con lo que dispone el artículo 1259.1 CC, cuando dice que “ninguno puede contratar a nombre de otro [...] sin que tenga por la ley su representación legal”. De donde surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia relativa del acto en el sentido que luego se explicitará: a) el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 CC y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 CC; d) el propio artículo 1259 CC se añade a esta argumentación según la doctrina y alguna jurisprudencia, ya citada, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 CC, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el artículo 166 CC, la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el artículo 166 CC. Las excepciones se encuentran en que los actos de disposición tengan causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de

disposición, puesto que los padres solos no lo ostentan. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor». «El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 CC, de modo que no siéndolo, el acto será inexistente».

Esta doctrina debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial, porque obedece a la misma finalidad que la ya explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad. En efecto, el artículo 271 CC enuncia los actos que el tutor no puede llevar a cabo sin autorización judicial y el artículo 272 CC permite obtenerla a posteriori únicamente en el caso de la partición hereditaria. La jurisprudencia y la doctrina se han planteado para los actos no autorizados del tutor las mismas dudas que ya se han señalado respecto del tipo de ineficacia que afecta a los actos de disposición del titular de la potestad efectuados sin autorización judicial, y por ello debe aplicarse la doctrina de la Sentencia de 22 abril 2010 también a este caso.

En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato de opción de compra y venta de las acciones que retuvieron los incapaces en la liquidación de su participación en las empresas del grupo familiar Beistegui. Las acciones les pertenecen y además, no podrá ejercitarse dicha opción en el caso de que se hubiesen cumplido las condiciones que se preveían porque el contrato de opción de compra y venta no fue autorizado judicialmente, como debería haberlo sido según el artículo 271 CC, y por ello procede declarar su nulidad, conforme con la sentencia recurrida. Y además, no es posible obligar al tutor a pedir una autorización a posteriori para

convalidar un contrato nulo, como pretende la recurrente, ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses de los sometidos a tutela, no acceda a ella.

Dicho lo anterior, resulta inútil ya discutir acerca de la concurrencia o no de actos propios de las tutoras.

La recurrente presenta un nuevo argumento a favor de la necesidad de la autorización judicial en relación al contrato de opción de compra-venta de las acciones sobre la base de que los distintos contratos se han celebrado con la única finalidad de liquidar la participación de los hermanos demandados en el grupo familiar. Viene a sugerir la recurrente que la declaración de nulidad de este contrato de opción arrastra consigo la de los demás. A tal efecto formula el primer motivo del recurso donde denuncia la infracción del artículo 1274 CC en relación con los contratos complejos, conexos o coligados. Las partes de todos y cada uno de los contratos otorgados el 31 de octubre de 1996 concertaron un conjunto sobre la base de que eran efectivamente una serie de negocios jurídicos que formaban parte de una compleja y unitaria operación jurídica y no eran separables o individualizables. Existe una evidente relación entre el pacto por el que se adjudican a Don Fermín y a Don Fidel las 13.843 acciones y el contrato de opción de compra-venta y al faltar la autorización judicial no se consiguió un conjunto negocial jurídicamente completo. Se debe condenar a solicitar la autorización una vez que se haya comprobado que la autorización es ventajosa para los incapacitados.

El motivo no se estima. Ciertamente, la operación de salida de una rama de la familia de las empresas Beistegui se planificó como un conjunto, pero no se ha demostrado a lo largo del procedimiento que los contratos celebrados tengan causa recíproca, de modo que la falta de validez de uno de ellos pueda producir, por arrastre, la nulidad de los demás. La figura a la que se refiere la recurrente sólo sería posible en el caso de que los respectivos negocios se hallaran recíprocamente condicionados. Pero ello no ocurre en este caso, dado que de las regu-

laciones contractuales únicamente se sigue la existencia de un conjunto de operaciones destinadas a una finalidad que no llega a cumplirse

del todo, al encontrarse uno de los contratos del conjunto afectado de nulidad por falta de autorización judicial.

## SUCESIONES

Debe buscarse la voluntad real del testador en el momento de otorgar el testamento y la cláusula revocatoria del segundo testamento es clara y no admite dudas sobre la intención de dejar sin efecto el testamento anterior en el que donaba un inmueble a su sobrino.

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 17 de junio de 2010**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

### ANÁLISIS DEL CASO

Doña Adoración y Doña Apolonia interpusieron demanda de impugnación del cuaderno particional de la herencia de Don Baltasar, contra Doña Elizabeth, Doña Felicidad, Don Ángel Jesús y Doña Cecilia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: «1. Se declare la compatibilidad de los dos testamentos otorgados por don Baltasar, el primero de fecha 16 de junio de 1993 y el segundo de fecha 21 de diciembre de 1995. 2. Se declare, la nulidad del cuaderno particional otorgado por Doña Felicidad y Elizabeth ante el notario de Madrid Doña María Paz Sánchez Sánchez, de fecha 17 de octubre de 2002 de número de protocolo 635, por ser contrario a la voluntad del testador, decretándose la cancelación en el Registro de la Propiedad número 23 de Madrid de la inscripción causada por este acto, librándose los mandamientos necesarios para su efectividad. 3. Se declare que Don Juan, es heredero a título singular o legatario de la vivienda sita en Madrid, C/ ..., n.º ..., declarando, por tanto, que el mismo es propietario de dicho inmueble, acordando su inscripción en el Registro de la Propiedad número 23 de Madrid a favor del demandante. 4. Consecuentemente, se declare la nulidad de la compraventa de la vivienda en cuestión, celebrada el día 17 de octubre de 2002, entre la parte demandada, acordando la cancelación en el Registro de la Propiedad número 23 de la inscripción que ha causado dicha compraventa, así como cualquier otra inscripción o anotación registral que sea consecuencia de la misma, debiendo librarse los mandamientos necesarios para la efectividad de lo acordado. Condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, con expresa imposición a las mismas de las costas del procedimiento».

Don Ángel Jesús y Doña Cecilia contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda, con imposición del pago de las costas a las demandantes.

Doña Elizabeth y Doña Felicidad contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que «a) se desestimen íntegramente las pretensiones

formuladas en el escrito de demanda. b) Se impongan a la parte actora el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 61 de Madrid dictó Sentencia el 23 de noviembre de 2004 desestimando la demanda.

En grado de apelación la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimando parcialmente el recurso interpuesto por Doña Adoración y Doña Apolonia revocando la sentencia en el único pronunciamiento condenatorio en costas, que no se imponen a ninguna de las partes, manteniendo los restantes atinentes a la desestimación de la demanda en todos sus términos.

Doña Adoración y Doña Apolonia interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

La *quaestio iuris* que se plantea en la presente casación se refiere exclusivamente a la interpretación del testamento, formulándose un único motivo por infracción del artículo 675 del Código Civil.

La *quaestio facti* es necesario conocerla para comprender el alcance que debe darse a la voluntad del causante recogida en el testamento, advirtiendo desde el principio que la litis se centra en la transmisión dominical de una determinada vivienda sita en la calle ... de Madrid.

El causante de la sucesión testada que se discute es Don Baltasar que adquirió dicha vivienda por sucesión hereditaria. Éste redactó un documento privado, que nunca se elevó a público pese a que sí se legitimó notarialmente la firma, en el que donó la vivienda a su sobrino Don Gaspar, padre y causante de las demandantes en instancia y recurrentes en casación, Doña Adoración y Doña Apolonia, el cual nunca llegó a hacer constar su aceptación. Al mismo y a otro sobrino, les encomendó la administración y la posible venta, llegándose a remitir un escrito en este sentido a la arrendataria de la vivienda, madre del codemandado Don Ángel Jesús.

El causante, Don Baltasar otorgó testamento en fecha 16 de junio de 1993 en el que instituyó heredera a su esposa, Doña Felicidad, codemandada en la instancia, y legó a su mencionado sobrino Don Gaspar la vivienda referida. En fecha 21 de diciembre de 1995 otorgó nuevo testamento en el que instituyó heredera

a la también codemandada Doña Elisabeth, sin perjuicio de los derechos que por ley correspondía a su esposa Doña Felicidad, y en éste se contiene la siguiente cláusula:

«Revoca en todas sus partes, cualquier otra disposición que apareciera; todo ello por estar en este acto consignada fielmente su voluntad».

Don Baltasar falleció en fecha 11 de marzo de 1999, abriéndose sucesión testada, bajo este último testamento reseñado. Y Don Gaspar, su sobrino, falleció el 28 de octubre de 2001, siendo heredera *ab intestato* las demandantes mencionadas, Doña Adoración y Doña Apolonia.

Doña Elisabeth y Doña Felicidad aceptaron la herencia de aquél y procedieron a la partición, adjudicándose la vivienda litigiosa en propiedad y usufructo, respectivamente, y procedieron a su venta a los actuales arrendatarios, los codemandados Don Ángel Jesús y su esposa Doña Cecilia.

Doña Adoración y Doña Apolonia formularon demanda impugnando la partición e interesando la nulidad de esta última compraventa. Se alegó en primer lugar la validez de la donación de la vivienda, lo que fue rechazado en instancia y no se ha mantenido en casación. Se alegó, como argumento esencial que integra el motivo único de casación, la validez del legado de la vivienda a favor de su padre y causante Don Gaspar, que le había sido transmitido como legado en el primer testamento, aquel de 1993, que fue revocado expresamente por el segundo, de 1995.

Las sentencias de instancia han desestimado la demanda por entender que no puede interpretarse el testamento vigente al tiempo de la muerte, 1999, que fue otorgado en 1995 de otra manera que revocatorio expresamente del anterior, de 1993. El recurso de casación se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 675 del Código Civil, manteniendo, como se ha apuntado, con detallados argumentos, que la verdadera voluntad del causante era la de transmitir la vivienda a su sobrino, causante de las demandantes y recurrentes.

Antes de entrar en el análisis del motivo único del recurso de casación, es preciso exponer unas consideraciones que señala la doctrina jurisprudencial en orden a la concreta cuestión que se plantea ante esta Sala. Ésta es si el legado de la vivienda hecha en el testamento de 1993 a favor del causante de las demandantes sigue válido, pese a que el posterior no sólo no lo incluye, sino que revoca expresamente el anterior.

Ante todo, podría rechazarse el motivo, recordando la reiterada jurisprudencia que mantiene que la función interpretativa corresponde a los Tribunales de instancia: así, lo dicen, entre otras, las Sentencias de 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2005, 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006, 20 de noviembre de 2007, 14 de octubre de 2009.

Sin embargo, estas mismas sentencias y esta Sala, ya desde la antigua de 8 de julio de 1940 han advertido que cuando la equivocación del juzgador de instancia en orden a la interpretación de testamento nace esencialmente de la errónea inteligencia de los preceptos del Código Civil, puede ser combatida en casación, al mantener en el recurso que ha sido ilógica, contraria a la voluntad del testador o a la ley (dicción de la Sentencia 21 de enero de 2003). Por ello, en el presente recurso, procede entrar en los diferentes problemas que se plantean respecto a la interpretación del testamento de 1995 del causante de la sucesión.

Lo primero que es preciso advertir es que la interpretación del testamento busca el sentido y alcance de la voluntad real del testador reflejada en el mismo, al tiempo de ser otorgado: es decir, pretende la reconstrucción de la voluntad del tes-

tador, como dice la Sentencia de 31 de mayo de 2010. Debiendo el intérprete aplicar la normativa de la interpretación tanto más cuanto necesita determinar el contenido de una voluntad dudosa. La referencia a la voluntad real debe entenderse que en la interpretación debe prevalecer el criterio subjetivista, es decir, el sentido que le dio el testador, como dice la Sentencia de 29 de diciembre de 1997 y habían dicho las de 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1992. Asimismo, la voluntad del testador es la que quiso expresar al tiempo de otorgar el testamento: así lo dicen claramente las Sentencias de 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006. Cuya voluntad real se descubre no sólo analizando el texto del testamento, sino también, con las debidas precauciones, como dice la Sentencia de 6 de abril de 1992, circunstancias exteriores al testamento, la llamada prueba extrínseca, admitida jurisprudencialmente: Sentencia de 24 de mayo de 2002.

El artículo 675 del Código Civil resalta como extremos: la búsqueda de la voluntad real del testador («... intención del testador») y la prevalencia de la interpretación literal («... sentido literal...») y en la cláusula dudosa, si la hay, la intención reflejada en el testamento («... según el tenor del mismo testamento»). La doctrina ha resaltado que los actos de última voluntad deben ser interpretados desde el punto de vista del testador, es el ángulo visual de la interpretación del testamento, negocio jurídico unilateral.

El recurso de casación, como se ha apuntado, tiene un motivo único formulado al amparo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento en el que se denuncia la infracción del artículo 675 del Código Civil y se mantiene, como también se ha apuntado, que la verdadera voluntad del testador fue la de mantener la disposición, como legado, de la vivienda de autos a favor del padre y causante de las demandantes y recurrentes (no se vuelve a insistir en la validez de la donación, que se había defendido en la instancia) que constaba en el testamento de 1993, no se mencionaba en el de 1995 y en éste había una cláusula expresa de revocación de aquél.

El motivo no puede prosperar y se desestima.

Primero, porque la cláusula revocatoria es tan clara que no admite duda alguna. No puede

entenderse que presenta la más mínima oscuridad. Atendiendo a la interpretación literal que propugna como prevalente el artículo 675, no hay forma de evitar la revocación que tan claramente impone el testador. Reconstruyendo la voluntad del mismo y atendiendo al «ángulo visual» mencionado, no cabe otra interpretación que fue la voluntad real del testador el revocar aquel testamento de 1993 que contenía el legado, que no fue recogido en el posterior en el que lo revocó expresamente.

Segundo, porque la prueba extrínseca que desarrolla a lo largo del motivo de casación no destruye la interpretación literal mencionada. Ciertamente parece —sólo parece, no más— que el testador «quiso donar» pero no donó la vivienda y «quiso legar» pero no la legó en el último testamento válido. Es cierto que la doctrina de los autores que cita en el recurso es que hay que ir más allá de la interpretación literal, pero ello no puede aplicarse cuando de ésta se desprende la voluntad del testador, en el sentido subjetivista y la intención del mismo, sin que se dé, en modo alguno, el «caso de duda» a que se refiere el artículo 675. Es más: si hubiera duda —que no la hay— la intención del testador «según el tenor del mismo testamento» no fue el legar la vivienda a su sobrino, padre y causante de la recurrente, sino todo lo contrario, ya que en el testamento válido, el de 1995, no establecía el legado y revocaba expresamente el de 1993 que sí lo establecía.

Tercero, porque la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto, ya que recoge la última voluntad del testador, sólo la última

y ésta es variable hasta el momento mismo de la muerte, lo que ya se proclamaba en el Derecho romano: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* y se reconoce en el Código Civil artículos 737 y siguientes. Y en el presente caso, la voluntad del testador, la última recogida en el testamento de 1995 fue la de no ordenar el legado. Ello, por dos razones. La primera es clarísima: la revocación expresa, que no admite duda, del testamento que disponía el legado. La segunda: aunque no mediara la cláusula expresa de revocación, el segundo testamento era incompatible con el primero, al que revocaba conforme al artículo 739 del Código Civil ya que cambiaba la institución de heredero y no disponía el legado, por lo cual no podía aplicarse la doctrina de la compatibilidad de dos testamentos cuando el segundo es meramente accesorio del primero y aparece la voluntad del testador de conservar la eficacia del testamento anterior: así se ha declarado por esta Sala en Sentencias de 1 de febrero de 1988, 7 de mayo de 1990 y 14 de mayo de 1996.

En definitiva, en el presente caso no cabe otra interpretación, atendiendo a la voluntad real del testador al tiempo de otorgar testamento y según el tenor del mismo, que la de no disponer del legado de la vivienda a favor del sobrino del testador, padre y causante de las demandantes y recurrentes. Por lo cual, no se aprecia infracción por la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, que se desestima, con la imposición de costas que establece el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Se condena a un coheredero a rendir cuentas de los bienes que tuvo en posesión antes y después del fallecimiento del acusante, aplicando los efectos en función de la posesión de buena y mala fe.**

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de junio de 2010**

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

### ANÁLISIS DEL CASO

La causante de la sucesión era una tía de Don Rogelio, Don Luis María, Doña Camino, Doña Inmaculada, Doña Teodora y también de Don Francisco; todos ellos eran herederos.

En 1984 se tramitó el juicio *ab intestato* 197/84; las operaciones particionales se aprobaron definitivamente en el juicio de menor cuantía 154/1990, adjudicándose a cada uno de los coherederos los correspondientes bienes. Entre dichos bienes se encontraban unas fincas poseídas por el demandado Don Francisco.

En el inventario elaborado en el juicio *ab intestato*, los contadores partidores efectuaron reserva de las acciones que correspondían a los demandantes ahora recurridos para reclamar a los que ocupaban las fincas rústicas inventariadas la rendición de cuentas oportuna. El administrador judicial decía que el demandado Don Francisco y su hermana «son los que han venido poseyendo desde el fallecimiento de la causante las fincas rústicas comprendidas en el haber hereditario, puesto que a esta administración nunca se le han rendido cuentas respecto a los frutos y gastos de tales fincas rústicas», añadiendo que «ciertamente tales fincas han sido explotadas por los citados coherederos sin haber entregado a esta administración cantidad alguna».

De este modo y en correspondencia, en la Sentencia dictada en el referido *ab intestato* de fecha 11 noviembre 1994, se acordó requerir a los ahora demandados para que rindieran cuentas respecto a la posesión de los bienes hereditarios que habían permanecido en su poder durante la indivisión, haciendo expresa reserva a los herederos de sus derechos para ejercitar las acciones que consideraran pertinentes. Los herederos han interpuesto por lo menos cuatro procedimientos, incluyendo una querrela criminal, sin haber obtenido ni la rendición de cuentas ni la liquidación.

Don Rogelio, Don Luis María, Doña Camino, Doña Inmaculada y Doña Teodora interpusieron demanda de juicio ordinario contra Don Francisco, solicitando que se dicte sentencia por la que: «A. Se condene al demandado a pagar a mis mandantes la cantidad de 63.199,06 euros en concepto de rendimiento neto correspondiente a mis mandantes por los cultivos de las fincas que ha explotado durante las campañas agrícolas transcurridas desde 1981 a 1994. B. b-1). Se declare que a partir de la Sentencia referida de 11 de noviembre de 2004, la posesión de las fincas pertenecientes a mis mandantes, por parte del demandado, es posesión de mala fe y, en consecuencia, se le condene al pago de 177.587,13 euros en concepto de producto bruto correspondiente a mis mandantes por los cultivos de las fincas explotadas durante las campañas agrícolas transcurridas desde 1995 hasta el año 2003. B. b-2). Subsidiariamente, para el supuesto en que no se declare la mala fe de la posesión, interesada en el apartado anterior, que se le condene al pago de 62.548,20 euros en concepto de rendimiento neto correspondiente a mis mandantes por los cultivos de las fincas que ha explotado durante las campañas agrícolas transcurridas desde 1995 hasta el año 2003. C. Se condene al demandado a pagar a mis mandantes la cantidad de 14.155,72 euros en concepto de rendimiento neto correspondiente a mis mandantes por la explotación del ganado integrado en la herencia de Doña Belén, durante los años 1981 a 1994. D. d-1). Se declare que, a partir de la Sentencia referida de 11 de noviembre de 2004, la posesión de las 27,5 cabezas de ganado ovino por parte del demandado, que se adjudicaron a mis poderdantes, es posesión de mala fe, y consecuentemente se le condene al pago de 33.317,70 euros en concepto de producto bruto correspondiente a mis mandantes por la explotación que ha hecho el demandado durante los años 1995 hasta el año 2003. D. d-2). Subsidiariamente, para el supuesto en que no se declare la mala fe de la posesión, interesada en el apartado anterior, que se le condene al pago de 11.661,09 euros en concepto

de rendimiento neto correspondiente a mis mandantes por la explotación durante los años 1995 a 2003 de las 27,5 cabezas de ganado ovino que les fueron adjudicadas. E. Además, al pago de los intereses correspondientes desde la reclamación judicial, y de las costas del presente procedimiento».

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de Don Francisco los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... En su día dictar sentencia estimando alguno o todas las excepciones propuestas, o de entrar a conocer del fondo del asunto, desestimar la demanda con imposición de las costas a los actores».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valencia dictó Sentencia el 1 de julio de 2005 estimando la demanda y condenando al demandado en los siguientes términos: «1. Se condena al demandado a abonar a los actores la cantidad de 63.199,06 euros en concepto de rendimiento neto correspondiente a aquéllos por los cultivos de las fincas que ha explotado durante las campañas agrícolas comprendidas entre los años 1981 y 1994. 2. Se declara que a partir de la Sentencia de fecha 11 de noviembre de 1994, dictada por este Juzgado en el procedimiento de *ab intestato* 197/84, es de mala fe por parte del demandado la posesión de las fincas pertenecientes a los actores, por lo que se le condena a que abone a éstos la cantidad de 177.587,13 euros en concepto de producto bruto correspondiente por los cultivos de las fincas explotadas por Don Francisco durante las campañas comprendidas entre 1995 y 2003. 3. Se condena al demandado a abonar a los actores la cantidad de 14.155,72 euros en concepto de rendimiento neto correspondiente a aquéllos por la explotación del ganado integrado en la herencia de Doña Belén durante los años 1981 a 1994. 4. Se declara que a partir de la referida Sentencia de 11 de noviembre de 1994, la posesión de las 27,5 cabezas de ganado por parte del demandado, que se habían adjudicado a los actores, es posesión de mala fe, por lo que deberá abonar a éstos la cantidad de 33.317,70 euros en concepto de producto bruto por la explotación que llevó a cabo Don Francisco de dicho ganado desde 1995 hasta 2003. Las cantidades reseñadas devengarán el interés legal desde la interpelación judicial. Se condene al demandado al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

En grado de apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palencia dictó Sentencia el 13 de julio de 2006 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.

Don Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

El demandado alegó como causas de oposición la prescripción, y que había pagado las rentas al administrador.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Palencia consideró probados sustancialmente los hechos de la misma. Dijo: a) el demandado no ha cumplido su obligación de rendir cuentas; b) distinguió dos períodos en el

procedimiento de partición: el primero, desde el fallecimiento de la causante hasta la partición y el segundo, desde 1994, en que se acuerda la partición por sentencia hasta 2003. En el primer período, el demandado debe abonar a los actores el rendimiento neto correspondiente al cultivo de las fincas explotadas entre 1981 y 1994; en el segundo período debe ser considerado como

poseedor de mala fe, porque conocía que carecía de título suficiente para poseer, por lo que deberá aplicarse el artículo 455 CC; c) lo mismo debe aplicarse con respecto a las cabezas de ganado, y d) respecto a las ayudas PAC, «deben ser incluidas en el cálculo de las indemnizaciones que corresponden por la rendición de cuentas», porque «[...] constituyen un beneficio de las fincas rústicas, tanto en la fase de indivisión, como en la posterior de posesión ilícita».

Por su parte la Audiencia Provincial rechazó la excepción de prescripción, porque a) la acción que se ha ejercido no consiste en la exigencia del cumplimiento «[...] de una obligación que deba realizarse por meses o plazos más breves, sino ante una obligación para exigir la rendición de cuentas por una posesión de bienes ajenos que produce, para quien los ha poseído, rentas o frutos». El derecho de los demandantes no nace de una relación obligatoria, sino de su condición de coherederos de los bienes hereditarios poseídos en exclusiva por Don Francisco, entendiéndose que en este caso se trata de una acción imprescriptible «en cuanto derivada de la acción de partición entre coherederos»; b) no se ha llevado a cabo ninguna rendición de cuentas, por lo que no puede sostenerse que la obligación correspondía a este último, que sólo podía rendir cuentas de lo que había administrado; c) el poseedor de mala fe debe abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, teniendo derecho a los gastos necesarios para la conservación de la cosa y excluyendo el Código del concepto de gasto necesario el que sea preciso para producir los frutos, al tratarse de una sanción civil por la mala fe; d) las ayudas procedentes de las PAC deben considerarse como un producto, equipararse a los frutos industriales y por ello deben ser devueltas por el poseedor de mala fe.

En el recurso de casación se denuncia la infracción de los artículos 1966, 1967, 1969 y 1972 CC, todos ellos referidos a la prescripción de la acción. Empieza diciendo que ha venido realizando ante los otros coherederos diversas liquidaciones. Que se producen dos situaciones distintas: a) la rendición de cuentas del 25% de la finca que pertenece a los actores por herencia de su padre, situación en la que se hallaban an-

tes de morir su tía, y b) la referente a las 5/9 partes del 25% que constituía el caudal relicto de la causante. Pues bien, señala que hay dos plazos de prescripción distintos. Estos pagos debían producirse de forma anual, dado el carácter de aprovechamiento agrícola de la finca, de modo que era una de las causas incluidas en el artículo 1966.3 CC.

El motivo no se estima. Los argumentos para no estimar este motivo son los siguientes:

1.º En primer lugar, debe advertirse al recurrente que está incurriendo en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, porque ambas sentencias han considerado probado que el recurrente nunca rindió cuentas ni al administrador del *ab intestato*, ni a los herederos.

2.º La obligación de rendir cuentas no está contemplada como supuesto para alguno de los casos de prescripción de 5 años, recogidos en el artículo 1966.3.º CC, puesto que no se trata de «pagos que hayan de hacerse por años», sino de una obligación general de rendición de cuentas, que generará o no unos pagos. Al no tener atribuido un plazo específico, entonces deberíamos aplicar el artículo 1964 CC, por lo menos, pero es más correcto entender que en realidad se trata de una acción de restitución entre coherederos sobre la base del artículo 1063 CC (Sentencia de 10 de junio de 2010). Es decir, un coheredero, como lo es el demandado, no puede retener en perjuicio de los demás los frutos que debe compartir según el artículo 1063, porque si lo hace, está incurriendo en un supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que el artículo 1063 obliga al abono recíproco de las rentas y frutos obtenidos durante la indivisión. Al no haberlo hecho el recurrente, puede admitirse el argumento que nos hallamos ante una acción que sigue las peripecias de la indivisión de la comunidad, por lo que entre coherederos no prescribe.

En otro motivo se denuncia la infracción de los artículos 902, 907, 1026, 1031 y 1032 CC así como la jurisprudencia que los interpreta respecto de la naturaleza de las obligaciones del administrador judicial de la herencia, así como la presentación ante éste de las sucesivas rendiciones de cuentas por parte del recurrente, que se habían acreditado. Siendo un administrador judicial la ley le obliga a rendir cuentas detalla-

das de todos los actos de administración, que es la regla general de todos los que gestionan negocios ajenos. Al entender la sentencia recurrida que el administrador actuó correctamente y que no tenía que ejercitar ninguna acción a favor de la herencia yacente derivada de las liquidaciones que le fueron entregadas en sede judicial, infringe las disposiciones que establecen sus obligaciones.

El motivo se desestima. El recurrente incurre aquí claramente en hacer supuesto de la cuestión e intenta «reinventarse» la prueba. La sentencia recurrida ha considerado probado que nunca rindió cuentas ante nadie. Pero es que, además, de acuerdo con el artículo 1008.2 LEC/1881, que era la vigente en el momento de la actuación del administrador judicial de esta herencia, éste no tenía las facultades que le atribuye el recurrente, ya que podía ejercitar las acciones que pudieran corresponder al difunto y aquellas que fuesen necesarias «hasta la declaración de herederos por sentencia firme» y esto lo efectuó el administrador judicial al incluir en el inventario las salvedades a que antes se ha hecho referencia. Y debe añadirse que la rendición de cuentas a que viene obligado el recurrente no tiene nada que ver con la negligencia de la comunidad hereditaria no demandando al administrador caso que hubiese actuado mal. Son dos cosas distintas y no puede ser utilizada la última como justificación para su reticencia a rendir cuentas.

En el motivo cuarto señala la infracción de los artículos 355, 356 CC respecto a la consideración de la PAC como frutos industriales. Dice que la condición de profesional de la agricultura se identifica con la de empresario agrario y no con la de agricultor, por lo que las subvenciones de la PAC le corresponden únicamente al titular de la explotación agraria por el hecho de poseer su titularidad, no pudiendo ser consideradas como frutos industriales generados por el desarrollo de la explotación directa de las fincas.

El motivo se desestima. Esta Sala ha tenido ya ocasión de plantearse esta cuestión en la Sentencia de 14 de diciembre de 1998, donde se dice: «El cuarto motivo, planteado con carácter subsidiario o *ad cautelam* —como dice la parte—, incide sobre la cuestión de fondo (artículo

1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en términos que, tampoco son aceptables, como razones casacionales. Con apoyo en los artículos 1091 y 1281 del Código Civil, y referencia final, como colofón argumentativo al artículo 1110 del mismo texto, lo que el recurrente denuncia, conforme al artículo 355 del Código Civil es que las subvenciones agrícolas, no encajan en el concepto de “frutos” y, por ello, quedan excluidas del reparto o liquidación de la aparcería. Mas tal concepción restringida no cabe admitirla, dentro de la propia amplitud que la norma reconoce a los “frutos industriales”, en cuanto con ellos se corresponde el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación, sin excepciones. Por tanto el motivo, según se anunció, decae. El argumento de esta sentencia, referido a una subvención efectuada al aparcerero, es plenamente aplicable al caso».

El motivo quinto, señala la infracción de los artículos 433, 452, 453 y 455 CC. En la sentencia que resolvió el procedimiento ab intestato de 1984 no se hizo ninguna declaración relativa a la posesión de buena o mala fe de la finca. Tampoco significa una alteración de la situación posesoria anterior, porque se limitaba a transformar las cuotas o participaciones de propiedad de los coherederos, de modo que si no ha cambiado la situación posesoria de un 25% de la finca, no puede haber cambiado su buena o mala fe. De este modo le deben ser abonados los gastos de producción.

El motivo se desestima. Debe recordarse al recurrente que su situación posesoria estaba directamente relacionada con sus derechos a poseer la cosa perteneciente a una comunidad hereditaria. Dicha situación tiene como marco básico el artículo 1063 CC, que es el aplicable en este caso y que se remite indirectamente a las normas sobre liquidación de la posesión, que deben aplicarse al ser las únicas que resuelven todos los supuestos del artículo 1063 CC. No se trata sólo de una rendición de cuentas, sino de una liquidación en el sentido del artículo 1063, que obliga a los coherederos a abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno de ellos haya percibido, los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia o negligencia. A partir de aquí, deben aplicarse

las reglas específicas de la posesión, establecidas en los artículos que cita como infringidos, para determinar cuáles van a ser los efectos de esta

tardía rendición de cuentas y de la conversión en poseedor de mala fe, de acuerdo con lo dispuesto en las normas correspondientes.

Se estima la demanda de desahucio por precario interpuesta por unos herederos contra otro que fijó su residencia en un inmueble incluido en el caudal hereditario no habiéndose llevado a efectos aún la partición hereditaria, teniéndose además en cuenta que al heredero únicamente le pertenece la nuda propiedad y no el usufructo.

### Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010

---

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

#### ANÁLISIS DEL CASO

---

Doña María Teresa, Doña Salvadora, Doña Encarnación y Doña Gregoria, promovieron demanda de juicio verbal sobre desahucio en precario contra Don Cipriano y, su esposa, Doña Casilda, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «Que teniendo por presentada esta demanda de juicio verbal, la admita, trasladándola a los demandados, citando a las partes para la celebración de vista, celebrando ésta y dictando sentencia, estimando la demanda, condenando a los demandados al desalojo del inmueble ocupado en el plazo de un mes, condenándolos en costas».

Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, la misma, en el acto de la vista, interesó la desestimación de la demanda y la interposición de costas a la actora, haciendo las alegaciones que constan en grabación y aportando la documental que igualmente consta y, solicitando el recibimiento a prueba.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 24 de mayo de 2004 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 14 de febrero de 2006, estimando el recurso interpuesto por los actores y estimando la demanda declaró haber lugar al desahucio.

Don Cipriano y Doña Casilda interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

#### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

El Juzgado rechazó íntegramente la demanda; y acogió, en primer lugar, la falta de legitimación activa de las actoras Doña Encarnación y Doña Gregoria por ser nudas propietarias y no ostentar la posesión del inmueble, y, en cuanto

al fondo, por considerarlo una cuestión compleja, que, en su caso, debió ser dirimida en el procedimiento plenario correspondiente; añadía que, «en el caso ahora debatido esta Juzgadora, haciendo suyos los criterios que se contienen en

la contestación de la demanda, no se puede por menos desestimar la misma, ya que de la prueba practicada ha resultado acreditado que ambas partes litigantes, esto es, las actoras y el demandado Don Cipriano comparten respecto de los mismos causantes la cualidad de coherederos», y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, la cual estimó las pretensiones del escrito inicial, al entender que el problema a resolver se centraba en la determinación de si, invocada la condición de heredero, sin constar la existencia de la correspondiente partición y adjudicación de los bienes, se autoriza o consolida una posesión de hecho inconsciente por los demás coherederos sin pagar renta alguna, y, en el presente caso, se ha acreditado que al demandado Don Cipriano sólo le corresponde la nuda propiedad, junto con dos de sus hermanas actoras de la mitad del inmueble litigioso, de la que es usufructuaria su madre, siendo que la plena propiedad de la otra mitad corresponde a Doña María Teresa, por lo que el demandado es, según se indica en la resolución, un coheredero minoritario, al que ni tan siquiera le pertenece un derecho de usufructo, por lo que el título que alega no ampara, a los efectos del juicio, la posesión que pretende, de modo que, en definitiva, ha declarado la decisión de haber lugar al desahucio.

El único motivo del recurso acusa la infracción del artículo 1068 del Código Civil y se sustenta en la presencia de interés casacional, puesta de manifiesto en las diferentes posiciones seguidas sobre este particular por las Audiencias Provinciales, e indica, entre las que se encuentran, como decisiones mantenedoras de un criterio idéntico al de la sentencia recurrida, las dictadas por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>) de fechas 19 y 26 de febrero de 2001, y la de 13 de junio de la misma Audiencia Provincial (Sección 4.<sup>a</sup>), en las que, se establece que si bien la viabilidad del precario entre coherederos, es discutida, se sostiene que debe ser, al no encontrarse ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio de tal derecho, exceso que, determinado por la utilización en exclusiva de un bien concreto, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer la cosa en cuestión por parte de los coherederos, aunque no tenga derecho a poseer en exclusiva,

no por ello se le debe negar su derecho a poseer, lo que supone que ostenta título legitimador de su posesión incompatible con el éxito de una acción de desahucio por precario.

Frente a la aducida posesión se encuentra otro criterio, según el cual mientras aparece la herencia en proindivisión, los coherederos no pueden ostentar la condición de precaristas frente a los demás coherederos o legatarios, pues en tanto no se lleve a cabo la liquidación de la sociedad legal de gananciales, en su caso, y la partición de la herencia, el coheredero es —frente a los demás— coposeedor de los bienes que integran dicha herencia, sin que ninguno de los partícipes en la comunidad hereditaria tenga la posesión real de finca alguna integrante de la misma mientras subsista esta situación de subdivisión (SSAP Las Palmas, Sección 4.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2001 y 25 de noviembre de 1999; Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 1998; Sevilla, Sección 6.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2008; Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2009).

El motivo se desestima. El artículo 1068 del Código Civil establece que «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que la hayan sido adjudicados»; la partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en pro división, ya que, efectivamente, de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008).

Desde la perspectiva de las SSAP de Tenerife antes mencionadas, las SSTS de 8 de mayo de 2008 y 26 de febrero de 2008, han declarado que «si algún heredero, hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, mas esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación

del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos».

Esta Sala tiene declarado que «Hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario» (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007).

En el presente caso, no aparece acreditado en las actuaciones que se hubiera verificado la partición de los bienes hereditarios, tampoco la división de bienes, ni su adjudicación.

Como consecuencia de lo hasta aquí razonado, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la desestimación del recurso de ca-

sación por interés casacional, para resolver sobre el caso y declarar lo que corresponda, todo ello con imposición de las costas causadas a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria (STS de 25 de junio de 1995). La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005).

Esta Sala acepta la argumentación de la sentencia de apelación indicada en los párrafos precedentes, como también los criterios doctrinales antes expuestos.

## DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

No se vulnera el derecho al honor y a la intimidad porque en un programa televisivo se vieran conjeturas sobre la posible filiación paterna de una persona, al ser diversos los nombres propuestos y por tanto barajados como posibles sin aseverar categóricamente nada.

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2010**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

### ANÁLISIS DEL CASO

Don Aureliano interpuso demanda sobre protección civil del derecho al honor e intimidad personal y familiar contra las entidades «Gestevisión Telecinco S.A.», «Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A.» y las personas físicas Don Eduardo, Don Franco, Doña Benita, Doña Enriqueta y Doña Mariola, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia declarando: «Que la conducta de los demandados es constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de Don Aureliano y de su difunta madre Doña Lina. Se condene a los demandados: a) A estar y pasar por las anteriores declaraciones y a abstenerse en lo sucesivo de realizar intromisiones ilegítimas en los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar de Don Aureliano

y Doña Lina. b) A que sea publicada a costa de la contraparte la sentencia que se dicte en el presente procedimiento, mediante anuncios en dos diarios de tirada nacional, en la forma que el Juzgado determine, así como a que el fallo de la sentencia sea leído en los programas “Aquí hay tomate” y “TNT” en los que se difundieron las manifestaciones. c) A indemnizar al actor por los daños morales causados, en la cantidad de un millón de euros, cantidad que podrá ser incrementada una vez analizados los beneficios obtenidos por los causantes de la intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar e imagen de mi representado. d) Al pago de las costas del presente procedimiento».

Todos los demandados se personaron en autos y se opusieron a la estimación de la demanda.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Pozuelo de Alarcón dictó Sentencia el 9 de junio de 2006 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 13.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 27 de junio de 2007, estimando parcialmente el recurso, absolvió de todos sus pedimentos a Doña Enriqueta, sin hacer imposición a ninguna de las partes de las costas procesales causadas por su intervención en el procedimiento, declarando que la conducta de los restantes demandados en el programa «Aquí hay tomate» emitido los días 16 de agosto de 2005 y 17 de agosto de 2005 y en el programa TNT emitido el día 17 de agosto de 2005, es constitutiva de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de Don Aureliano y de su difunta madre Doña Lina, al desvelar la identidad del padre de Don Aureliano, que tanto él como su madre habían mantenido en secreto. Condenamos a dichos demandados a) A estar y pasar por la anterior declaración y a abstenerse en lo sucesivo a realizar intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad personal y familiar de Don Aureliano y Doña Lina; b) A que la parte dispositiva de esta sentencia sea leída, a su costa, en los programas de televisión Telecinco «Aquí hay tomate» y «TNT». De haber cesado la emisión de estos programas, la lectura se realizará en otros de la misma naturaleza que se emitan en la misma cadena de televisión; c) A indemnizar solidariamente al actor por los daños morales causados en la cantidad de 300.000 euros (trescientos mil euros). Absolvemos a los demandados de la acción también deducida por intromisión ilegítima en el derecho al honor de Don Aureliano y de Doña Lina. No se hace imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por el procedimiento en la anterior instancia, ni de las generadas por el recurso de apelación.

Las entidades «Gestevisión Telecinco S.A.» y «Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A.» interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien absolvió a las demandadas de las peticiones que se contenían contra ellas en el suplico de la demanda.

### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

---

Se centran los hechos objeto del presente proceso, la determinación de si las manifestaciones realizadas en diversos programas televisivos, pertenecientes a las cadenas demandadas han supuesto una intromisión en el derecho a la intimidad, del actor Don Aureliano, ya que la ac-

ción de protección al derecho al honor ha sido desestimada en la instancia, habiéndose aquietado éste a este respecto.

Procede en consecuencia, la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone al derecho a la

información está constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho del actor a la intimidad personal y familiar.

Sobre el derecho a la intimidad se ha dicho, de forma reiterada, que su concepto no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha advertido esta Sala pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma el patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica, y como resulta lógico no es la misma para todos, ya que cada persona tiene su propia intimidad, que actúa como privacidad en exclusiva, a la que acompaña la condición de ser excluyente por mandato constitucional. Y así se ha afirmado que no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (Sentencia de 6 de noviembre de 2003, con cita de la de 22 de abril de 2002 y también Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000, de 10 de mayo). En esta misma línea, la Sentencia de 26 de septiembre de 2008 recuerda que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber

de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado.

En el personaje de proyección pública, la protección del honor disminuye (la persona que acepta su carácter público, acepta también los riesgos que ello conlleva), la de la intimidad se diluye (no totalmente, pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público) y la de la imagen se excluye (en los casos que prevé la ley, cuando se halla en lugar público).

El derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, debe ser interpretado restrictivamente, si bien ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y sus familiares, hayan de ver sacrificados ilimitadamente su derecho a la intimidad, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública. El ámbito de protección de la intimidad dependerá en cada caso de «los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia», y que la notoriedad pública de una persona puede limitar la intensidad de la protección a favor de la libertad de información o expresión, también es cierto que más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, consecuencia de sus propios actos o del interés que puede tener el que se sepan datos referentes a personas de reconocida relevancia pública, ello no puede equivaler a negar a estas personas una esfera de intimidad digna de tutela, en la que no estaría en ningún caso justificado penetrar.

Aplicando la doctrina citada al caso de autos, nos encontramos con que en el supuesto de autos falta el presupuesto de la revelación de unos hechos de la vida privada del actor. En los programas de referencia se conjetura sobre las posibles filiaciones paternas del actor, con base a una serie de datos conocidos en relación a la vida de su progenitora, siendo diversos los nombres propuestos y por tanto barajados como posibles, sin aseverar categóricamente nada al respecto sino que se trata de conclusiones obtenidas, a través de un proceso deductivo banal y

con base en semejanzas físicas y de caracteres de personalidad que en todo caso carecen de constatación objetiva formal y que se limita a meros pareceres de los contertulios y que si bien se citan diversas iniciales correspondientes a la identidad de diferentes personajes públicos, lo cierto es que no se determina ni revela, identidad específica y concreta que permita justificar la posible vulneración o intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar, todo ello conectado con divagaciones sobre el

mismo tema emitidas anteriormente por diversas personas, en distintos ámbitos.

Ello da lugar a la estimación del motivo primero del recurso de casación formulado por la representación procesal de «Gestevisión Telecinco S.A.» y «Agencia de televisión latinoamericana de servicios y noticias España S.A.» así como el motivo segundo del recurso interpuesto por la representación procesal de Doña Mariola careciendo de interés proceder a conocer sobre los restantes motivos citados.

**Se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y se utilizó ilegítimamente la imagen de los menores en un programa de televisión en el que entrevistaron a sus dos abuelas en relación con su custodia ofreciendo imágenes de aquéllas de forma esencial.**

### **Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2010**

Ponente: **Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

#### **ANÁLISIS DEL CASO**

El día 10 de agosto de 2000, en horario comercial, por la cadena de televisión Antena 3 se emitió el programa «Sabor a verano» presentado por Doña Blanca. En el citado programa se entrevistaron a doña Emma y doña Purificación abuelas respectivamente de los menores Sabino y Crescencia. En las entrevistas se expusieron determinadas circunstancias relacionadas con la tutela o guarda de los menores. En el programa también se ofrecían imágenes de los menores de forma esencial, puesto que la finalidad última del programa era que fueran perfectamente identificados para que cualquiera que los viera informase sobre su paradero. Ni los menores afectados ni sus representantes legales habían prestado su consentimiento para la difusión de las noticias y de su imagen.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda de juicio ordinario contra las abuelas paterna y materna de dos menores; contra la «Sisifus Producciones, S.A.», doña Ramona y doña Blanca; contra Antena 3 Televisión y don Adolfo, solicitando se dictara sentencia por la que se declare que «Doña Purificación, Doña Emma y la empresa productora “Sisifus Producciones, S.A.” en la persona de su representante legal, la sociedad Antena 3 Televisión Don Adolfo y Doña Ramona directora del programa “Sabor a verano” y Doña Blanca presentadora del referido programa, emitido el día 10 de agosto de 2000 y demás personas que resulten responsables del programa emitido por dicha cadena de televisión, han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la intimidad y han utilizado ilegítimamente la imagen de los menores Sabino y Crescencia, condenando a la citada Sociedad y demás personas demandadas a dar publicidad de sentencia condenatoria que se pretende, excluyendo los datos identificadores de los menores, en las mismas condiciones en que se llevó a cabo la intromisión ilegítima. Así como que se indemnice solidariamente a los menores en la suma de diez millones de pesetas para cada uno de ellos, como resarcimiento por los perjuicios causados».

Los demandados se personaron en autos, contestaron a la demanda y se opusieron a ella solicitando la desestimación.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 49 de Madrid dictó Sentencia con fecha 4 de febrero de 2005 estimando parcialmente la demanda declarando que Doña Purificación, Doña Emma y la empresa productora «Sisifus Producciones S.A.» en la persona de su representante legal, la sociedad Antena 3 Televisión Don Adolfo y Doña Emma directora del programa «Sabor a verano» y Doña Blanca presentadora del referido programa, emitido por dicha cadena de televisión, «han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la intimidad y han utilizado ilegítimamente la imagen de los menores M.G.V. y A.R.G., condenando a la citada sociedad y demás personas demandadas a dar publicidad de la sentencia condenatoria, sólo en la parte correspondiente al encabezamiento y Fallo, excluyendo los datos identificadores de los menores, en las mismas condiciones en que se llevó a cabo la intromisión ilegítima. Condenando a los demandados indemnizar solidariamente a los menores en la suma dieciocho mil treinta euros con treinta seis céntimos para cada uno de ellos, imponiendo las costas a los demandados conjunta y solidariamente».

En grado de apelación la Secc. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 19 de junio de 2006 revocando parcialmente la sentencia de instancia dejando sin efecto la condena a los demandados a dar publicidad a la sentencia condenatoria y absolviendo a la demandada Doña Blanca de los pedimentos contenidos en la demanda.

Tanto «Sisifus Producciones S.A.» como Antena 3 Televisión interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

### I. Recurso de Antena 3 de Televisión

#### A) *Primer motivo del recurso*

Sostiene la recurrente que la sentencia recurrida aplica de forma indebida el artículo 4.3 de la Ley del Menor e inaplica, directamente, el artículo 20 de la Constitución, sin valorar el carácter preferente que tiene en este caso el derecho fundamental a la información y a la libertad de expresión, ya que la intromisión no supone una «divulgación que implique menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses (de los menores)», por lo que «ha de prevalecer el ejercicio del derecho a la información y el derecho a la libre expresión de las personas que intervinieron, actuando en beneficio para los mismos, intervinieron ante los medios de comunicación».

Probablemente el motivo puede condensarse en la expresión subrayada de que «se debe exigir como hecho probado la existencia de una difusión de datos de los menores que fuera desfavorable a esos menores».

#### 1. La Libertad de expresión vs. libertad de información.

Antes de entrar en el análisis del recurso conviene dejar sentadas las siguientes premisas:

1) El libre ejercicio de los derechos de libre expresión y libre información, garantizan un interés constitucional relevante como es la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, estando reconocido en el artículo 20.1.a) de la Constitución Española el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y en el artículo 20.1.d) de la propia Ley fundamental, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

2) Como límites a tales derechos el apartado 4 del propio artículo 20 de la Constitución

Española dispone que: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen 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».

3) Aunque como precisa la Sentencia del Tribunal Constitucional número 77/2009, de 23 de marzo: «no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones —garantizado por el derecho a la libertad de expresión— de la simple narración de unos hechos —garantizado por el derecho a la libertad de información—, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o una vocación a la formación de una opinión (por todas, STC 29/2009, de 26 de enero, F. 2)», en caso de colisión de tales derechos con el honor, la intimidad y la propia imagen, es preciso identificar dentro de lo posible cuál es el ejercitado puesto que en la ponderación sobre la primacía de unos u otros, los límites constitucionales operan de forma diferente, ya que:

a) La libertad de expresión dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas —bien que incluso el insulto debe pasar por el tamiz de la libertad de expresión ya que, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional número 15/1993, de 18 de enero, «la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*»—, o sin relación con las ideas y opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1990, de 6 de junio).

b) Cuando se persigue suministrar información sobre hechos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz [artículo 20.1.d) de la Constitución].

En el presente caso, pese a que el motivo en ocasiones se refiere de forma indiscriminada a las libertades de expresión e información, se refiere de forma indubitada a la libertad de información, por lo que el conflicto a decidir en

casación se desenvuelve en el terreno de los límites del derecho de información.

## 2. La intimidad como límite a la libertad de información.

Como tenemos declarado en la Sentencia 719/2009, de 16 de noviembre: «el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo SIC), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos».

Este derecho a mantener un ámbito reservado de la vida particular (lo que comprende tanto datos íntimos o «intimidad», como datos privados o «privacidad»), se reitera entre otras muchas en la Sentencia de 8 de febrero de 2010: «De la intimidad personal ha dicho la Jurisprudencia que “tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona” (artículo 10.1 Constitución Española), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida (Sentencia de 6 de noviembre de 2003, con cita de la de 22 de abril de 2002 y también de las Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000, de 10 de mayo). En esta misma línea, la Sentencia de 26 de septiembre de 2008 recuerda que el derecho a la intimidad «implica

la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado».

A su vez, en los supuestos de conflicto entre el derecho a la libre emisión de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional número 144/1998, de 30 de junio, ha de estar presidida por la consideración de las siguientes pautas esenciales, tal como han sido precisadas por la STC 132/1995, fundamento jurídico 4.º:

«1.ª) Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión, ocupan una especial posición en nuestro ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (SSTC 104/1986 y 78/1995, entre otras muchas);

2.ª) Tratándose, más específicamente, de la libertad de información, su correcto ejercicio exige que verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables, y que la información facilitada sea veraz. Reuniendo tales condiciones su ejercicio, en estos casos, prevalece sobre el derecho al honor de los afectados por la información, en tanto en cuanto ésta se encuentra en la base de una sociedad democrática (SSTC 178/1993, 41 y 320/1994, entre las más recientes);

3.ª) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como la persona objeto de la información, puesto que las personalidades públicas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública deben soportar un cierto mayor riesgo de inferencia de sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información,

en particular, si ha sido difundida por un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, 105, 171, 172/1990 y 15/1993, entre otras);

4.ª) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994, entre otras muchas)».

Pues bien, en el presente caso la información:

1) No versa sobre asuntos públicos de interés general, sino sobre el drama personal de dos abuelas que se ha querido difundir sacrificando para ello, sin autorización expresa de los menores (incapaces dada su corta edad) ni de sus representantes legales, datos personales y familiares de aquéllos.

2) La difusión de la identidad de los menores en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre.

En consecuencia, la libertad de información no justifica en este caso la difusión de aspectos o detalles que afectan a la vida privada y de la imagen de los afectados.

3. La propia imagen como límite a la información.

En relación con el derecho a la propia imagen, la Sentencia número 719/2009, de 16 de noviembre, reproduciendo numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, lo define como «un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública» y a «impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde».

Es cierto que, como afirma la Sentencia número 158/2009, de 29 de junio, del Tribunal Constitucional, como cualquier otro derecho, no es absoluto, y por ello su contenido se encuentra

delimitado por el de otros derechos, libertades y bienes constitucionales, entre los que destaca la libertad de información en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y que este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen, por lo 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 (SSTC 156/2001, de 2 de julio, F. 6; y 77/2009, de 23 de marzo, F. 2, por todas)».

Pues bien: en este caso, no se ha acreditado ningún interés público que justifique la difusión de las imágenes de los afectados.

#### 4. La protección de los menores.

A lo expuesto, debe añadirse que, tratándose de menores, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», y, como afirmamos en la Sentencia número 163/2009, de 11 de marzo: «Cuando se trata de menores, se parte, por tanto, constitucionalmente hablando, de un doble límite en el derecho a la información: un límite en cuanto a otros derechos fundamentales al que hay que añadir, cuando se trata de menores, otro límite que consiste en atender al “interés del menor” en cuanto objeto de protección por los poderes públicos».

Dicho de otra forma, en contra de lo que pretende la recurrente, la prohibición contenida en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, a cuyo tenor: «Se considera 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», no supone una franquicia que autorice la intromisión «cuando no implica menoscabo de su honra o reputación ni es contraria a sus intereses», con derogación de sus derechos a la intimidad y a la privacidad.

En este sentido, como tenemos declarado en la Sentencia 323/2010, de 2 de junio: «incluso en el caso de que los hechos divulgados tuvieren relevancia “noticiable” para la comunidad, su difusión deviene una intromisión ilícita en la medida en la que la información facilitada supone una clara invasión de la intimidad de una menor identificada, cuyo interés está tutelado incluso en el caso de que por su notoriedad o su relación con hechos noticiables pudiera considerarse “menor noticia”, ya que, como afirma la Sentencia de esta Sala número 354/2009, de 14 de mayo “en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público”. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal “parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores”, incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral —Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Julio de 1999—».

Es decir, la norma complementa las previsiones contenidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que en el apartado tres reputa intromisión ilícita: «La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo»; y en el cinco:

«La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos», ya que, como afirma la Exposición de Motivos de la referida Ley, ésta tiene por finalidad «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 Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen».

En consecuencia, este segundo límite opera una vez superado el primero, incluso, como excepción a la regla prevista en apartado dos del artículo segundo de la Ley Orgánica 2/1982, si la intromisión ha sido consentida, ya por el menor cuando sus condiciones de madurez lo permitan a tenor del número uno del artículo tercero, ya por escrito por sus representantes legales de conformidad con el número dos del mismo precepto.

##### 5. Conclusión.

A lo expuesto debe añadirse que la sentencia recurrida declara en los fundamentos cuarto y quinto:

«Se ha narrado la forma en que los mismos salieron del círculo de la custodia familiar, en unos casos por la madre que no la tenía atribuida y por un abuelo en iguales condiciones, manifestándose las circunstancias particulares de la vida de esos menores y de sus padres, la consideración de que la madre de uno de ellos nunca quería estar con su hijo porque no tenía instinto maternal, que los padres de otro eran drogodependientes y otras circunstancias que desde luego afectan sobremanera la intimidad de esos menores (...) es obvia la intromisión en el primero (derecho a la intimidad) al darse a conocer públicamente una serie de circunstancias personales y familiares que en nada interesan al público en general, de una manera que puede resultar hartamente perjudicial a los menores al poderse conocer en el círculo de personas o conocidos con los que actualmente convivan, a quienes precisamente va dirigida la pretensión de que se den noticias sobre su paradero. Es claro que aunque a las personas que actualmente les tengan en su compañía no les asistiera la razón jurídica o incluso incurrieran en un

comportamiento contrario a derecho, o incluso pudieran estar cometiendo actuaciones ilícitas desde el punto de vista penal en relación con el derecho a la custodia de esos menores, tales circunstancias no pueden perjudicar precisamente a esos menores a los que se pretende defender mediante la emisión de las manifestaciones y fotografías efectuadas en el programa poniendo en público conocimiento circunstancias de su procedencia familiar y de las condiciones o personalidad de esos familiares».

Pues bien, los párrafos transcritos no pueden sino interpretarse en el sentido de que, además, la intromisión fue contraria a los intereses de los menores. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

##### B) Segundo motivo del recurso

Por indebida aplicación del artículo 9, punto 3, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y doctrina jurisprudencial, en la valoración del «quantum indemnizatorio de los daños morales». En su desarrollo sostiene el recurso la inexistencia de perjuicio para los menores, y la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a fin de evitar que el procedimiento civil se convierta en una vía de posibles situaciones de intentos de enriquecimiento desmedido.

Tratándose de la indemnización por lesión a los derechos de honor y la intimidad del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen dispone:

«La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

Por lo que se refiere a la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por daños morales corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia siendo susceptible de revisión

nada más en caso de error notorio o arbitrariedad o cuando se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum (entre las más recientes la citada Sentencia 323/2010, de 2 de junio, haciéndose eco de la número 647/2009, de 14 de octubre).

Pues bien, la sentencia recurrida en el fundamento de derecho sexto razona: «(...) no puede aceptarse el argumento de que la cuantía no se ajusta a daño alguno cuantificado, cuando el daño a reparar es exclusivamente moral, de difícil por no decir imposible cuantificación objetiva, como tampoco es de recibo la manifestación de que no se ha dado una mera utilización comercial del programa limitándose la productora a brindar una oportunidad de denuncia de la situación narrada, cuando lo cierto es que tal productora ha obtenido un beneficio económico con la emisión de ese programa; por lo que reiterando esta Sala íntegramente el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, procede la desestimación de tales motivos de apelación, por lo que procede estimar la acción ejercitada».

A su vez, el fundamento cuarto de la sentencia de la primera instancia, a la que remite la recurrida, argumenta: Respecto a la indemnización solicitada, conforme artículo 9.3 de LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen y atendiendo al daño moral, situación de ambos menores (con circunstancia familiar inexistente por ruptura) y audiencia existente en el programa «Sabor a verano» en el que se emitieron las imágenes y comentarios, con amplia difusión y por ende perjuicio a la imagen de Sabino y Crescencia, procede estimar la cantidad en concepto de aquella, atendiendo a la edad, beneficio obtenido y resarcimiento del daño moral producido, y fecha de aquél, de 18.030,36 euros a cada uno de los menores, Crescencia y Sabino, condenando a los demandados conjunta y solidariamente.

Es decir, ha valorado: Las circunstancias del caso; La gravedad del daño moral; El beneficio obtenido por las autoras de la intromisión. En consecuencia, no apreciándose error notorio ni arbitrariedad, procede desestimar el argumento casacional.

## II. Recurso de casación interpuesto por «Sisifus Producciones S.A.» y Doña Ramona

Alega la recurrente «Error manifiesto por la imposibilidad de obtener un consentimiento previo y la irrelevancia de dicho requisito para la consideración de la vulneración. En su desarrollo el recurso afirma: 1) Que no puede exigirse la obtención del consentimiento previo de los custodios ya que estaban en paradero desconocido. 2) Que tal exigencia es simplista porque incluso con ese consentimiento puede haber intromisión. 3) Que existía el consentimiento tácito del padre del menor Sabino».

Antes de exponer la opinión de la Sala conviene transcribir la normativa aplicable a la decisión de la cuestión planteada: a) El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen dispone: «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso». b) El artículo 3 de la propia Ley preceptúa: 1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez. c) Finalmente, el apartado 3 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor dispone: Se considera 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.

Las reglas expuestas llevan a rechazar de plano los argumentos el recurso ya que:

1) La intromisión en el ámbito protegido no es ilegítima cuando estuviere autorizada por

Ley o cuando se ha obtenido el consentimiento del titular del derecho, siendo ilegítima en otro caso, con independencia de que la falta de consentimiento sea por negativa expresa de su titular o por cualquier otra causa.

2) Tratándose del derecho a la intimidad y a la propia imagen de menores, no basta con el consentimiento tácito de sus representantes legales: además debe ser por escrito y comunicarse al Ministerio Fiscal.

3) Es cierto que en el caso de los menores la obtención del consentimiento de éstos o de sus representantes legales puede ser insuficiente ya que, como indica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica 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».

4) La sentencia, en contra de lo que sostiene el recurso, no peca de simplista: no se limita a constatar la ausencia de consentimiento, lo que justificaría la calificación de la intromisión como ilícita, sino que además, como ha quedado expuesto en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, ha analizado la adecuación de la información difundida a los intereses del menor y ha llegado a la conclusión de que es perjudicial para los mismos.

En consecuencia la alegación debe ser desestimada.

# TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

## VIVIENDA FAMILIAR

No es ajustado a derecho otorgar al cónyuge no titular el uso sin limitación temporal de la vivienda familiar en base, únicamente, al tiempo de convivencia y a la edad de los litigantes, máxime en un caso en el que la esposa percibe una pensión de jubilación de 1.240 euros, 1.136 euros por alquiler de inmuebles de su titularidad y una pensión compensatoria de 6.000 euros. En consecuencia procede limitar el uso de la vivienda familiar a cuatro años.

### TSJ de Cataluña, Sentencia de 16 de diciembre de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Eugenia Alegre Burgues**

Para una más adecuada resolución del recurso de casación, deben tenerse presentes los siguientes antecedentes de carácter fáctico que resultan incómodos en este grado:

- 1) El matrimonio de los litigantes duró 19 años y no tuvo descendencia.
- 2) El domicilio conyugal es propiedad de la sociedad Corporación Comercial SNT, SL participada al parecer en un 90,78% por el Sr. Borja y en un 9,22% por la Sra. Florencia.
- 3) La Sra. Florencia es propietaria de dos inmuebles en Mallorca, los cuales le proporcionan una renta según manifiesta de 618 y 518 euros al mes.
- 4) La Sra. Florencia que contaba con 55 años de edad en el momento de la presentación de la demanda, cobra una pensión de jubilación de 1240 euros por 14 pagas, habiendo fijado la sentencia —ya con carácter firme— una pensión compensatoria no limitada en el tiempo, de 6.000 euros al mes en función del nivel de vida del matrimonio y de los bienes del esposo.

El art. 83, 2. b) del CF en orden a la atribución del domicilio familiar en caso de que no exista acuerdo entre las partes establece que si no hay hijos, se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter

temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso.

Cabe recordar en este punto que el TSJC se ha pronunciado ya reiteradamente sobre la interpretación del artículo citado.

La doctrina de la Sala se encuentra contenida en las sentencias 33/2003 de 22 de septiembre y la 40/2003 de 6 de noviembre reiterada por las de 18 marzo y 29 de marzo de 2004, 4 de octubre de 2006, 7 de mayo de 2007, así como en las STSJC de 10 de noviembre de 2008 o 24 de noviembre de 2008.

En este sentido hemos afirmado que:

«la limitación temporal del uso es la regla general en tales supuestos, cuando pueda preverse mediante una ponderación racional la duración de la necesidad del cónyuge más necesitado de protección y sin perjuicio de la posibilidad que a éste se reconoce de instar la prórroga del uso si llegado el momento subsistiese esa necesidad. Sólo excepcionalmente, cuando se prevea que la situación de necesidad será permanente e invariable y que se prolongará indefinidamente en el tiempo o que es altamente improbable su superación estará justificado no fijar por adelantado un plazo determinado, en el bien entendido de que si la situación de necesidad finalmente desaparece o se modifica sustancial-

mente, el propietario de la vivienda podrá instar igualmente la extinción del derecho de uso».

A la vista de esta doctrina y a pesar de que la Sala de apelación afirma aplicarla, lo cierto es que al conceder el uso de la vivienda conyugal al no titular sin ninguna limitación temporal, no lo hace pues no contiene análisis alguno relativo a que la necesidad actual vaya a permanecer invariable en el tiempo en función de las circunstancias del caso, sino que para justificar la aplicación del supuesto excepcional al que hemos hecho referencia, solo menciona el tiempo de convivencia y la edad de los litigantes, circunstancias que por sí solas no pueden amparar la inaplicación de la regla general sobre limitación temporal establecida en el art. 83.2.b) CF.

Dicha temporalidad, no nos cansaremos de repetir, ha de ser la regla general pues así viene establecido en el Código de Familia con la finalidad primordial de liquidar en el tiempo estrictamente necesario las vinculaciones personales, económicas o patrimoniales entre la

pareja divorciada origen y causa permanente de conflictos y litigios.

La sentencia admite la mayor necesidad de la Sra. Florencia y en función de tal necesidad concede el uso de la vivienda conyugal a la esposa, de modo que, en este sentido, resulta indiferente que el otro cónyuge no la precise. Sin embargo ello no es suficiente para conceder este uso ilimitadamente.

Antes bien, como se ha expuesto, dada la existencia de bienes propios de la recurrida que producen determinadas rentas, así como a la vista de sus otros ingresos que provienen, de un lado de la pensión de jubilación y de otro, del establecimiento de una pensión compensatoria de 6.000 euros mensuales a cargo del exmarido, lo que sumaría más de 8.000 euros al mes de ingresos, parece claro que en un tiempo razonable la Sra. Florencia puede subvenir a la necesidad de vivienda, buscando una nueva a la que trasladarse desvinculando la vivienda que fue conyugal de las relaciones personales entre los excónyuges.

## CONVENIO REGULADOR

No se puede aprobar cualquier cláusula que contenga el convenio, aunque no dañe ni perjudique en modo alguno a los hijos, toda vez que en el convenio regulador de la separación o divorcio, no caben en absoluto los pactos contrarios a Derecho, es decir, los que vayan en contra de la ley, de la moral o del orden público, o afecten a alguno de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

### TSJ de Cataluña, Sentencia de 10 de septiembre de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Contra la sentencia dictada en fecha 28 de abril de 2009 por la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona la representación procesal de Don Miguel, interpuso recurso de casación, al que se adhirió, actuando bajo idéntica representación y dirección letrada que aquél, Doña Consuelo, en solicitud de que se apruebe en su integridad la propuesta de convenio regulador del divorcio, adjuntada con la demanda rectora de la litis —de divorcio de mutuo acuerdo—, incluso las cláusulas IV y VI del referido convenio, o bien, subsidiariamente, las modificaciones

introducidas por las partes a petición del órgano jurisdiccional, y que fueron denegadas, tanto aquéllas como éstas, por la sentencia de primera instancia y por la sentencia objeto del presente recurso, aunque en base a distintos argumentos.

Así, el Juzgador de Instancia considera que dichas cláusulas no pueden aprobarse, por regular cuestiones que van más allá de lo que puede pactarse en un convenio de derecho de Familia y especialmente «por afectar a derechos de terceros que no pueden ser disponibles», mientras que la Audiencia Provincial estima que «el ar-

título 78.1 del Codi de Família —aplicable al caso— sólo permite al Juez la no aprobación razonada de las cláusulas del convenio regulador que puedan perjudicar a los hijos», aunque, seguidamente, añade que «jamás podrá aprobar u homologar ningún pacto o acuerdo de naturaleza patrimonial contrario a Derecho, por impedírsele el artículo 11 de la LOPJ y la propia esencia de la Jurisdicción», y conforme a ello considera que los pactos IV y VI del convenio, «pese a haber sido modificados, tampoco pueden ser aprobados, porque los mismos siguen resultando ser (sic) contrarios a Derecho, en los términos establecidos en los arts. 11 LOPJ, 1255 CC y sus concordantes».

La parte recurrente sostiene que la resolución impugnada conculca la normativa de Derecho civil catalán y la doctrina jurisprudencial del TSJC, por entender que «las cuestiones de naturaleza patrimonial, caen fuera de la labor de fiscalización judicial del convenio regulador del divorcio al no dañar a los hijos menores», y por tanto, «son válidos y eficaces los pactos Cuarto y Sexto del Convenio de divorcio de 15 de octubre de 2007 de autos (y, en su caso, las modificaciones propuestas por las partes)».

Planteada así la «quaestio iuris» objeto de controversia en el presente recurso de casación, es de reseñar que para una adecuada solución de la misma, deben examinarse los referidos pactos en función de la normativa de pertinente aplicación al caso, sin poder obviar que tanto el convenio regulador del divorcio, como las modificaciones introducidas, a petición del órgano jurisdiccional de instancia, en la cláusula VI de aquél, han sido suscritas por ambos consortes de común acuerdo.

Ante todo, debe proclamarse que, a diferencia de lo mantenido por la dirección letrada de los recurrentes, ya sea en Derecho catalán, ya sea en Derecho común, el Juez puede entrar perfectamente a dilucidar si algún pacto del convenio regulador es o no contrario a Derecho y no sólo aquellos que perjudiquen a los hijos menores de edad, pues si bien es cierto que el artículo 11 CF establece la libertad de contratación entre los cónyuges y el artículo 78.1 CF dispone que: «El conveni regulador esmentat per l'article 77 ha d'ésser aprovat judicialment,

llevat en allò que sigui perjudicial per als fills», no es menos cierto que no puede aprobarse un pacto que sea contrario a lo estatuido en el artículo 11.2 LOPJ.

Ello no contradice la jurisprudencia de este TSJC, sentada en las sentencias núms. 26/2001, de 4 de octubre, 23/2004, de 19 de julio, 29/2006, de 10 de julio y 32/2008, de 18 de septiembre, pues en todas dichas resoluciones no se resuelve en puridad la concreta cuestión aquí planteada, esto es, «si todas las cuestiones pactadas por los cónyuges en un convenio regulador de separación o divorcio, que no dañen a los hijos menores, quedan fuera o al margen de la intervención judicial, y el órgano jurisdiccional viene obligado a aprobar cualquier estipulación que no perjudique a los hijos».

Pues bien, sentado lo anterior, es de precisar que en las referidas sentencias, recogidas asimismo por la resolución aquí recurrida, se realiza un estudio de la normativa propia del Derecho civil catalán —en contraposición a la del Derecho civil común—, destacando la plena autonomía negocial de la que gozan los cónyuges para regular en un convenio de ruptura convivencial lo que tengan por conveniente, siempre, obviamente, que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público —art. 1255 CC— y que el legislador catalán en tal materia sólo ha velado por los hijos y no por los esposos. Así, la última de las mentadas sentencias del TSJC, la 32/2008, de 18 de septiembre, completando lo dicho en las precedentes, reza textualmente: En efecto, hoy por hoy, sin perjuicio de las reformas que el legislador crea oportuno introducir en el futuro Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya —en el que, al parecer, se prevén los pactos en previsión de una ruptura matrimonial y, en general, se remarca igualmente el carácter vinculante de los acuerdos alcanzados por los cónyuges con posterioridad a la ruptura, aun fuera de la propuesta de convenio, estableciendo, no obstante, un término de revocación de tres meses desde su otorgamiento—, lo cierto es que... en esta materia, de inequívoca naturaleza patrimonial, los cónyuges tienen una amplia autonomía negocial (art. 1255 CC y art. 11 CF)...

Esta autonomía solamente se ve limitada si de su pacto se derivara perjuicio para los hi-

jos menores o incapacitados, en cuyo caso su aprobación judicial deberá ser denegada y, en el supuesto de que los cónyuges se nieguen o se abstengan de modificar el convenio conforme a las observaciones realizadas al respecto por el juez, será éste quien resuelva lo procedente (art. 78 CF y art. 777 LEC). Es en este sentido en el que cabe interpretar en el vigente Derecho de Familia catalán la necesidad de aprobación judicial del convenio regulador acordado por los cónyuges, preceptuada por el art. 78 CF para que alcance los efectos previstos en el art. 81 CF, de acuerdo con lo que dejamos claramente expuesto en la Sentencia núm. 23/2004, de 19 de julio, y reiteramos en la Sentencia núm. 26/2006, de 22 de junio.

En efecto, de nuestra Sentencia núm. 23/2004, a propósito de las diferentes redacciones del art. 78 CF y del art. 90 CC..., advertimos que «la específica previsión de desaprobación del convenio cuando se descubren consecuencias gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges queda extramuros de la legislación catalana, quizás más preocupada por la libertad individual de contratación pero sin tener en cuenta lo que antes se decía sobre los momentos de especial tensión en que son concluidos la mayoría de estos pactos (ver sentencia de esta Sala de fecha 4 de octubre de 2001). Quizás hubiera sido preferible —hablamos de “lege ferenda”— seguir la línea trazada por la legislación común, pero no ha sido esto lo querido por el legislador catalán, que clara y tajantemente ha dicho que el convenio debe ser aprobado con la excepción del daño a los hijos...».

En la misma línea, hemos admitido la validez y eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria, aún contenida en pacto privado entre los cónyuges no ratificado judicialmente, entre otras, en nuestras Sentencias núm. 26/2001 —de 4 de octubre—, núm. 20/2003 —de 2 de junio— y núm. 29/2006 —de 10 julio—, en la última de las cuales dijimos que «al margen de su fuerza ejecutiva, nada se opone a la validez de los acuerdos a que hubieren llegado privadamente los cónyuges en orden a regular los efectos de la ruptura matrimonial en el ejercicio de su libertad negocial, siempre que se trate de materias, como es el caso de la presente, sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden

público (art. 1255 C.C.), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1261 C.C.)... entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (art. 1278 C.c. en relación con el art. 1280 C.C.), ...

En este aspecto, no son muy diferentes las consecuencias en el Derecho civil común, en el que el TS viene reconociendo efectos vinculantes entre los cónyuges otorgantes al convenio regulador, cuando concurren consentimiento, objeto y causa y no existen motivos de invalidez, aunque no haya sido objeto finalmente de aprobación judicial (SS TS 1.ª 325/1997 de 22 abr., 1151/1997 de 19 dic., 31/1998 de 27 ene., 1183/1998 de 21 dic. y 116/2002 de 15 feb.), ...».

En definitiva, haciendo aplicación práctica del contexto normativo-jurisprudencial expuesto al supuesto enjuiciado, es de concluir afirmando, que si bien ciertamente y a diferencia de lo razonado por el Juzgador de Primera Instancia pueden incluirse en el convenio regulador de la separación o del divorcio pactos liquidatorios de naturaleza patrimonial, este Tribunal coincide sustancialmente con el argumento contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial, que si bien, «en el Derecho civil catalán el Juez tiene atribuida la facultad de no aprobar de una manera motivada los pactos de un convenio tan sólo cuando de éstos se pueda derivar un perjuicio para los hijos». «Esto no debe ser interpretado en el sentido de que cuando los pactos versen sobre cuestiones patrimoniales, el Juez haya de aceptar sin más cualquier regulación que se le pueda proponer; sin perjuicio, de que en tales casos —por analogía y por economía procesal— el Juez asimismo haya de conceder a las partes el plazo de 10 días al que se hace referencia en el artículo 777.7 de la LEC». Es decir, no se puede aprobar cualquier cláusula que contenga el convenio, aunque no dañe ni perjudique en modo alguno a los hijos, toda vez que en el convenio regulador de la separación o divorcio, no caben en absoluto los pactos contrarios a Derecho, o sea, los que vayan en contra de la ley, de la moral o del orden público, o afecten a alguno de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, ha de decaer el primer motivo del recurso de casación, en los términos

concretamente formulados, esto es, respecto a la aducida extralimitación del Juez en su función fiscalizadora del convenio, pues, como antes se ha especificado, el órgano jurisdiccional puede, perfectamente, dilucidar si en el convenio regulador que se somete a su aprobación existe, aparte de alguna cláusula perjudicial o pernicioso para los hijos menores de los consortes contratantes, algún acuerdo o pacto que sea contrario a Dere-

cho, lo que inviabiliza su aprobación u homologación por parte del Juez o Tribunal, quien/quienes deberá/n rechazarlo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.2 LOPJ, y proceder conforme a lo estatuido en el artículo 777.7 LEC. Todo ello comporta, la ratificación en tal particular de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, con las puntualizaciones y matizaciones efectuadas en el cuerpo de la presente resolución.

**No existe obstáculo para la aprobación de una cláusula de un convenio regulador en el que los cónyuges liquidan un inmueble que les pertenecen en *pro indiviso*, ya que la subrogación hipotecaria que pactan sólo tiene efectos entre los otorgantes, sin trascender al acreedor hipotecario y el compromiso de expulsión de los actuales afianzadores del marco obligacional está condicionado al consentimiento del acreedor hipotecario.**

### TSJ de Cataluña, Sentencia de 10 de diciembre de 2010

---

Ponente: **Excmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors**

Suerte distinta debe correr el otro motivo del recurso de casación, desdoblado en dos, pues, partiendo de que la liquidación del régimen matrimonial y la división de los bienes comunes es materia patrimonial objeto del convenio regulador —arts. 76.3.e) y 77 CF—, en el supuesto objeto de estudio, los pactos IV y VI de constante alusión, relativos, el primero de ellos, a la vivienda familiar y al ajuar doméstico, y, el segundo, a la disolución de la comunidad, a la extinción del condominio y a la subrogación del préstamo con garantía hipotecaria, no afectan, ni vinculan, a terceros no intervinientes en el convenio, pues, efectivamente, las estipulaciones entre las partes del proceso de divorcio no pueden afectar negativamente a terceros no contratantes, pero éste no es el caso de autos, en que, a diferencia de lo argumentado por el Juez «a quo» en su sentencia, no existe perjuicio alguno para la entidad bancaria, en su condición de acreedora hipotecaria, dado que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan —y sus herederos— (art. 1257 CC) y los referidos pactos del convenio no tienen virtualidad alguna para alterar la posición de los deudores hipotecarios, en relación con el acreedor hipotecario.

Así, la Sra. Consuelo, pese a lo contemplado en el pacto VI del convenio regulador de

referencia, continúa siendo deudora hipotecaria, aunque el pleno dominio sobre su mitad indivisa haya pasado a pertenecer, por adjudicación al otro codeudor Sr. Miguel. Por tanto, en ningún caso, quedaría la Sra. Consuelo liberada frente a la entidad acreedora o sustituida en el débito por el adjudicatario, si éste no recaba el consentimiento de la acreedora hipotecaria, pues la falta de consentimiento de ésta descarta la posibilidad de que pueda verse perjudicada por un pacto «inter partes».

En efecto, del tenor del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, se colige, de una parte, que en ausencia de consentimiento del acreedor no se produce novación alguna en la posición del deudor, sin perjuicio de los efectos jurídico-reales que en orden a la transmisión de la finca haya producido la enajenación, y, de otra, que el consentimiento del acreedor, prestado de modo expreso o tácito, es requisito absolutamente indispensable para que se produzca la asunción de la deuda por el adquirente de la finca hipotecada y, como consecuencia de ello, quede plenamente liberado el primer deudor. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 1205 del Código Civil para toda clase de obligaciones.

Pues bien, dicho ello, es de sentar que el referido pacto Sexto del convenio regulador, espe-

cialmente tras la modificación propuesta por los propios cónyuges, en un doble sentido, por un lado, aclarando expresamente la inexistencia de asunción de deuda, con el añadido de que: «La subrogación hipotecaria sólo tiene efecto entre los otorgantes, sin trascender al acreedor hipotecario. El compromiso de expulsión de los actuales afianzadores del marco obligacional, está condicionado al consentimiento del acreedor hipotecario», y, por otro, suprimiendo la parte del Otorgamiento Tercero que hace referencia a impuestos y plusvalía municipal, no implica una alteración subjetiva de la relación obligacional, al margen de que la subrogación lo es sobre la carga y no sobre la deuda, pues, como antes se ha precisado, los artículos 1205 CC y 118 LH exigen el consentimiento del acreedor hipotecario para el cambio de deudor en caso de enajenación voluntaria de la finca hipotecada, es decir, estamos ante un supuesto de «subrogación en la carga» y «no en la deuda que tal carga asegura». Por ello, la responsabilidad del adjudicatario, Sr. Jerónimo, por virtud del convenio regulador, no puede alcanzar más que a la relación de sujeción propia de las garantías inmobiliarias, pero no abarca el débito o deber personal de prestación garantizado, en cuya responsabilidad sólo se halla la deudora Sra. Consuelo (también el Sr. Jerónimo por el título del préstamo hipotecario, aunque no por el convenio).

Llegados a este extremo, es preciso subrayar que el consentimiento de la acreedora hipotecaria, a diferencia de lo argumentado por la sentencia de instancia, no constituye presupuesto de validez del Pacto Sexto (ni del Cuarto) del Convenio regulador de constante alusión, pues los negocios jurídicos de Derecho de Familia, contenidos en los referidos Pactos son válidos y eficaces, al no quebrantar ninguna norma o limitación legal, moral o de orden público y no dañar a los hijos menores, es decir, no infringen ni el artículo 11 LOPJ, ni el artículo 1205 CC, toda vez que el copropietario Sr. Miguel, por la adjudicación a su favor de la restante mitad indivisa de la finca de autos, se subroga en la carga hipotecaria y no en la deuda de la Sra. Consuelo, es decir, el Sr. Miguel en virtud del Pacto Sexto, no sustituye a la persona deudora (Sra. Consuelo), quien respecto al acreedor hipotecario continua siendo deudora hipoteca-

ria, ya que dichos Pactos, tal como antes se ha expresado, no implican una alteración subjetiva de la relación obligacional, porque el artículo 1205 CC y el artículo 118 LH exigen el consentimiento del acreedor, para que se produzca la novación subjetiva en el lado pasivo de la obligación garantizada con hipoteca, con liberación del primitivo deudor.

En definitiva, en el supuesto de autos, las partes convenientes no acuerdan la novación subjetiva en el lado pasivo, sino la subrogación en la carga, sin consentimiento de la entidad acreedora, el cual, tal como ha sido formulado, no puede determinar la nulidad del Pacto Sexto —tras las modificaciones operadas en el mismo— por falta de consentimiento del acreedor.

En este sentido se pronuncia una reiterada doctrina jurisprudencial, siendo de destacar al respecto, la sentencia del TS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 1997, cuando proclama que: «... Es evidente que la sustitución de la persona del deudor en las relaciones contractuales o asunción de deuda, tanto en la modalidad de convenio entre los deudores como de expromisión —convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libere al primitivo— es en todo caso indispensable para su eficacia no el conocimiento sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1205 del Código Civil..., sin cuya concurrencia no puede producirse el resultado meramente modificativo de la liberación del primitivo deudor... Por consiguiente, es rechazable de plano que el acuerdo que pudiera existir entre los codemandados para la cesión y subrogación de los derechos y obligaciones del contrato de compraventa de autos posea la virtualidad novatoria que las sentencias en ambas instancias le atribuyen a efectos de exonerar de responsabilidad al antiguo deudor... considerándolo como no legitimado pasivamente para soportar la reclamación judicial por el simple hecho de que los actores conocieran y no impugnaran la enajenación de la finca, cuando es patente la inexistencia en todo momento de consentimiento por parte de los actores reiteradamente constatada que elimina toda posibilidad de elusión de responsabilidad del codemandado... Como establece la sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1996, la

novación extintiva en cuanto verdadera y propia novación, debe configurarse sólo con elementos fácticos claros, que acrediten la voluntad libre de las partes y de manera especial el consentimiento del acreedor, conforme determina el artículo 1205 del Código Civil... No puede... confundirse el conocimiento por el acreedor de la subrogación habida entre el primitivo deudor y deudor sustituto (relación perfectamente obligatoria entre ambos) con el consentimiento del acreedor, que supondría en cuanto a éste último, la liberación del primitivo deudor...». Asimismo es de resaltar en idéntico sentido, la más reciente sentencia de la Sala 1.ª del TS, 8148/2007, de 13 de diciembre, cuando expone que: «... No se da aquí el supuesto contemplado en el párrafo primero del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, según el cual “en el caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor expresare su consentimiento expreso o tácito”, sino el establecido en su párrafo segundo por cuanto, no asumiendo los compradores la obligación personal sino únicamente la real derivada de la hipoteca, retuvieron parte del precio para hacer frente a dicha responsabilidad, sin que corresponda al acreedor hipotecario discutir sobre la cuantía de la cantidad del precio retenida por los compradores por ser cuestión ajena a él y afectante únicamente a los intereses de quienes fueron parte en el contrato, a quienes únicamente afecta lo allí estipulado sin trascendencia alguna para el acreedor (artículo 1257 del Código Civil)... En el ámbito hipotecario se considera “tercer poseedor” al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia. Lo que sucede es que el crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde de su satisfacción con todos sus bienes presentes y futuros (artículos 105 de la LH y 1911 del Código Civil), pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Por ello, si el bien se transmite tras la consti-

tución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian de modo que la responsabilidad real afecta al adquirente del bien dado el carácter oponible “erga omnes” del derecho real cualquiera que sea su titular. Pero tal afectación no puede ir más allá de la cantidad garantizada por la hipoteca y en el caso presente la propia escritura de constitución previó que la misma garantizaba el pago del principal y de los intereses de un año, reduciéndose así por pacto el alcance normal establecido en el artículo 114 LH; previsión que igualmente se incorporó a la escritura de compraventa posterior, sin que el hecho de que los compradores retuvieran parte del precio pactado para el pago de aquello que resultaba garantizado con la hipoteca constituida sobre el bien que adquirirían suponga que los mismos perdieran la condición de “terceros” prevista en el artículo 114 L.H., pues como ya se razonó anteriormente no existió una asunción de deuda por los compradores con efectos liberatorios para el vendedor, mediando el consentimiento del acreedor, ...».

Corolario de todo lo explicitado y dado que el convenio de referencia, tras las modificaciones introducidas por las propias partes, no se estima contrario a Derecho, debe aprobarse, sin necesidad de mayores consideraciones, el mentado convenio regulador de divorcio suscrito entre los consortes litigantes el día 15 de octubre de 2007 (folios 9 al 19 de los autos), con las modificaciones realizadas mediante escrito presentado en fecha 4 de febrero de 2008, en cuanto al Pacto Sexto del citado convenio (folios 37 al 39 de los autos). Así, el convenio primitivo queda modificado en el sentido de:

- AÑADIR «in fine» al Otorgamiento Segundo del referido Pacto Sexto, en el folio 16, que: «La subrogación hipotecaria sólo tiene efectos entre los otorgantes, sin trascender al acreedor hipotecario. El compromiso de expulsión de los actuales afianzadores del marco obligacional está condicionado al consentimiento del acreedor hipotecario».
- SUPRIMIR del Otorgamiento Tercero del mencionado Pacto Sexto, lo siguiente, obrante en los folios 16 «in fine» y 17 «in principio»: «solicitando

los comparecientes la declaración del acto aquí formalizado como no sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su concepto de Transmisiones Patrimoniales, por no poder considerarse la adjudicación que se realiza como un exceso de adjudicación tributable y responder a una situación de crisis matrimonial con intervención judicial y, por último, solicitan la exención del pago a la plusvalía municipal, si se devengare, por motivo de la referida crisis».

Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto, procede, con estimación parcial del

recurso de casación formulado por los recurrentes y consiguiente revocación en parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial —en lo concerniente a las consecuencias extraídas de los pactos del convenio suscrito «inter partes»—, casar dicha sentencia y dar lugar a la pretensión expresada, con carácter subsidiario, por las propias partes en litigio, esto es, la aprobación total del convenio regulador del divorcio de fecha 15 de octubre de 2007, que fue ratificado a presencia judicial por ambos cónyuges, con las modificaciones introducidas mediante escrito presentado el día 4 de febrero de 2008, que han sido transcritas en la precedente fundamentación jurídica y que se plasmarán asimismo en la parte dispositiva de la presente resolución.

## REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Tiene carácter consorcial la vivienda construida constante el matrimonio en una parcela propiedad del tío del esposo y con su consentimiento, que posteriormente fue heredada por el esposo, desestimándose la pretensión de este último en la que ejercía la acción de accesión ofreciendo el pago a la ex esposa de la mitad de lo invertido en la construcción.

### TSJ de Aragón, Sentencia de 3 de diciembre de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra

Los hechos, tal como resultan de la sentencia de primera instancia, no modificados en la de apelación, y de los documentos públicos obrantes en los autos, son, en orden cronológico, los siguientes:

1. El actor D. Fausto y la demandada D.<sup>a</sup> Aurelia contrajeron matrimonio el 29 de agosto de 1982 (certificación de matrimonio, documento n.º 2 aportado con el escrito de contestación a la demanda), bajo el régimen económico matrimonial legal aragonés.

2. Sobre un terreno sito en Ansó (Huesca), ... n.º ..., propiedad de D. Luis Carlos, tío del actor, y con consentimiento del mismo, los cónyuges construyeron en los años 1982-1983 una vivienda con dinero común, que pasó a constituir el domicilio familiar.

3. En procedimiento de Medidas Provisionales 55/1987 seguido ante el Juzgado de

Primera Instancia n.º 1 de Jaca recayó Auto de 18 de enero de 1988 adjudicando a la esposa con la hija del matrimonio (nacida en 1985) el uso de la vivienda familiar en ... n.º ... de Ansó (documento n.º 20 aportado con el escrito de contestación a la demanda).

4. En autos de procedimiento de separación 44/1988 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca n.º 1 recayó sentencia de 12 de enero de 1989 que desestimó la demanda de separación interpuesta por la esposa y dejó sin efecto las medidas acordadas. Dicha sentencia fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de enero de 1990 (documento n.º 21 del escrito de contestación a la demanda), que decretó la separación dejando para ejecución de sentencia la fijación de medidas.

5. Mediante escritura otorgada el 5 de noviembre de 1991 ante el Notario de Berdún D.

Rafael Márquez Montoro, n.º 123 de protocolo (documento n.º 3 de la demanda), D. Luis Carlos, manifestando ser titular de la finca «Rústica en Ansó (Huesca), terreno en partida de ..., de catorce áreas y treinta centiáreas de superficie», declaró la obra nueva de la edificación construida, en los siguientes términos: «Segundo.—Que sobre el extremo Este de la descrita finca (que recientemente ha pasado a tener calificación de urbana) existe construida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio (lo que se asevera de modo expreso y resulta de certificado expedido por el Sr. Alcalde de Ansó), la siguiente edificación: Casa vivienda en ..., n.º ..., de superficie ochenta metros cuadrados, consta de semisótano, planta baja y una altura». Esta escritura produjo la inscripción 5.ª en el Registro de la Propiedad de Jaca. El terreno había sido inscrito a nombre de D. Luis Carlos mediante escritura ante el Notario de Ayerbe, Sr. Cortés Valdés, el día 22 de octubre de 1971, número 221 de protocolo, de institución de heredero a su favor que otorgó su padre D. Indalecio.

6. En ejecución de la sentencia de separación recayó Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jaca de 24 de marzo de 1992 (documento n.º 22 del escrito de contestación) confirmando la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija del matrimonio.

7. En juicio de desahucio 13/1992 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Jaca, instado por D. Luis Carlos contra la esposa de su sobrino recayó sentencia de 28 de junio de 1994, estimatoria de la demanda, que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de septiembre de 1994 (documento n.º 23 de la contestación a la demanda).

8. D. Luis Carlos falleció en estado de soltero el 29 de julio de 2.004, sin haber otorgado testamento por lo que el Juzgado de Primera Instancia 1 de Jaca dictó Auto declarando herederos a sus hermanos, entre ellos D. Fausto, padre del actor D. Fausto. Falleció D. Pedro Enrique el 6 de septiembre de 2.004, habiendo otorgado testamento el 6 de noviembre de 1995 en el que instituía heredero a su hijo D. Fausto, por lo que éste otorgó con el resto de herederos escritura de aceptación de herencia de D. Luis Carlos de 7 de abril de 2.006 ante el Notario de

Zaragoza D. José Luis de Miguel Fernández, n.º 1337 de protocolo (documento n.º 1 de la demanda), en la que, como heredero de su padre y por derecho de transmisión del mismo, le fue adjudicada, entre otros bienes, la finca en Ansó, ... n.º .... Esta escritura de aceptación de herencia produjo la inscripción 6.ª en el Registro de la Propiedad de Jaca (certificación registral aportada como documento 1 de la contestación a la demanda). Por error en el escrito de demanda, que se traslada a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se dice que provocó la inscripción 7.ª, pero se desprende de la certificación registral que es la 6.ª

10. En autos de Divorcio 305/06 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jaca promovidos por D. Fausto, recayó sentencia de 12 de diciembre de 2006 decretando el divorcio y manteniendo las medidas acordadas en Auto de 24 de marzo de 1992, siendo revocada por la de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de febrero de 2.008, que estimó en parte el recurso y suprimió las medidas relativas a la pensión de la hija común y al uso de la vivienda (documento n.º 6 de la demanda y n.º 22 de la contestación).

El actor instó demanda contra su exesposa y contra el consorcio conyugal formado por ambos en la que, esencialmente, pretendía que, por derecho de accesión, le correspondía el pleno dominio de la casa sita en Ansó, ... n.º ..., previa indemnización a la esposa de la mitad de los pagos efectuados después del matrimonio para sufragar la construcción de la misma, pagos que cifraba en 16.523,54 euros. La acción de accesión la ejercitaba como actual propietario del terreno sobre el que fue edificada la construcción, por haberlo heredado en virtud de escritura 7 de abril de 2006 de manifestación y aceptación de herencia de su tío D. Luis Carlos, fallecido el 29 de julio de 2004, a quien el actor heredó por derecho de transmisión de su padre, D. Pedro Enrique quien, a su vez, había fallecido el 6 de septiembre de 2004. La petición anterior, de la que derivaría el pago a la esposa de la mitad del dinero común invertido sin necesidad de previa liquidación de la sociedad conyugal, por tratarse del único bien del matrimonio, se complementaba con la solicitud subsidiaria, para el caso de entenderse precisa

la liquidación de la sociedad conyugal, del mismo derecho del actor a hacerse con la propiedad de la casa previa indemnización a la sociedad consorcial de la suma total invertida. Todo ello con la obligación aparejada para la demandada de desalojar la vivienda.

La demandada se opuso a tales pretensiones por considerar que el actor no tenía derecho de accesión, pues no era un tercero respecto de quienes llevaron a cabo la edificación, que era la sociedad conyugal formada por ambos, y formuló reconvencción solicitando que se declarara que la edificación era de pleno dominio del consorcio conyugal, con la consiguiente rectificación de los asientos registrales contradictorios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sobre el presupuesto de que la edificación constituyó el domicilio familiar realizada sobre el suelo del tío del demandante, construida con numerario ganancial totalmente satisfecho y, además, con consentimiento y conocimiento del propietario del solar, considera que la misma (la edificación) tendría el carácter de ganancial en relación con lo dispuesto en los artículos 1347, 1355, 1361 del Código Civil y el artículo 35 de la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad aragonesa.

Por lo que se refiere al invocado derecho de accesión del actor, la sentencia expone que la edificación se considera bien ganancial y que D. Luis Carlos, tras la sentencia del juicio de desahucio que había promovido contra la Sra. Aurelia, no ejerció el derecho de accesión, falleciendo en el año 2004 sin haber otorgado disposición testamentaria, y que la condición de tercero que el Sr. Luis Carlos tenía respecto de los propietarios de la edificación (el matrimonio formado por el Sr. Luis Carlos y la Sra. Aurelia) no la posee el actor.

En cuanto a la reconvencción, que estima por considerar la edificación bien ganancial, entendiéndose además que existe una discordancia entre lo expresado en las inscripciones 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> de la finca registral n.º ... con la realidad extrarregistral, por lo que considera procedente acordar la rectificación interesada por la parte demandada. Debemos recordar que, como se ha indicado en el apartado 9 del primer fundamento, la última inscripción registral debe ser la 6.<sup>a</sup> y no la 7.<sup>a</sup>

En consecuencia, desestima la demanda, estima la reconvencción y declara que la edificación (casa-vivienda) sita en la ... n.º ... de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por D.<sup>a</sup> Aurelia y D. Fausto y condena al Sr. Luis Carlos a estar y pasar por la anterior declaración, acordando que procede la rectificación registral de las inscripciones 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> de la finca registral NÚM001 (término municipal de Ansó) del Registro de la Propiedad de Jaca. Con imposición de costas a la parte demandante.

Habiéndose suscitado controversia entre las partes sobre la cuantía del asunto, que el actor señalaba en 65.000 euros, la sentencia del Juzgado hace referencia a un informe pericial que valoraba el bien inmueble en 449.724,50 euros, y la fija en 200.670,81 euros como «valoración oficial de referencia que le atribuye a la construcción el Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón (en relación con el valor catastral de la construcción según el último recibo de IBI — valor del suelo por coeficiente multiplicador correspondiente al municipio de Ansó y a la última anualidad—».

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Huesca estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la anterior sentencia y, desestimando la reconvencción interpuesta por D.<sup>a</sup> Aurelia y estimando parcialmente la demanda, absolvió al apelante de las pretensiones de la reconvencción y, estimando parcialmente la demanda, declaró que D. Fausto tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, ... n.º ..., previa indemnización a la demandada de 8.261,77 euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago, más 23.897,45 euros de abril de 1996 actualizados a la fecha de su efectivo pago, y declaró la obligación de la demandada D.<sup>a</sup> Aurelia de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas. Sin costas en ambas instancias.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación de D.<sup>a</sup> Aurelia por los cuatro motivos literalmente recogidos en los antecedentes de hecho, el primero por infracción de preceptos de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante Lrem), y de la Compilación

de Derecho civil de Aragón, todos ellos relativos al régimen económico del matrimonio, por estimar que la edificación era un bien común del matrimonio y que, disuelta la sociedad conyugal y hasta tanto no se proceda a su división, son incremento del bien común tanto las obras efectuadas por uno de los cónyuges como la adquisición del suelo sobre el que se asiente la edificación por otro de los cónyuges, a expensas de la liquidación y división del patrimonio consorcial y sin perjuicio de los reintegros que procedan.

El motivo segundo del recurso se funda en infracción de los artículos 358, 361, 362, 453 y 1359 del Código Civil, y el tercero en infracción de los artículos 453 y 454, en relación con el artículo 361 del mismo, sobre la accesión que la sentencia recurrida declara a favor del actor, que se examinarán conjuntamente, si bien debe advertirse desde este momento la evidente relación entre todos los motivos.

El cuarto motivo se funda en infracción de los artículos 40 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con las rectificaciones registrales solicitadas por la demandada en su reconvencción.

El primero de los motivos cita como infringidos los artículos 68.c) de la Lrem (incrementos y accesiones de los bienes comunes), 37.1.º (bienes comunes) y 40 (presunción de comunidad) de la Compilación de Derecho civil de Aragón, en relación con los artículos 35 (presunción de comunidad) y 28.2 c) (bienes comunes) de la Lrem, así como el artículo 29.h) de la misma (bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios) en relación con el artículo 38.7 de la Compilación (bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios).

Deberá aclararse cuál de los cuerpos legales citados, Lrem y Compilación, es aplicable en cada momento pues es evidente que el ámbito temporal de aplicación de cada una es diferente, por lo que la cita conjunta de preceptos de ambas es incorrecta dado que, aunque la regulación posterior no se aparte, en lo esencial, de la de la Compilación, ésta fue derogada por la Lrem. en todo lo relativo al régimen económico matrimonial (disposición derogatoria única), a salvo de los efectos dispuestos en las disposiciones transitorias para los matrimonios contraídos bajo la vigencia de la Compilación.

La disposición transitoria primera de la Lrem parte de la aplicación inmediata de la misma cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio, pero en la transitoria segunda aclara que los hechos, actos o negocios relativos a... la adquisición de bienes, contracción de obligaciones... y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal... sólo se registrarán por esta ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor (23 de abril de 2003). Por lo tanto, habrá que considerar los distintos actos o negocios realizados en cada momento por los cónyuges para determinar la regulación legal aplicable.

El primer motivo objeto de examen se centra en determinar si la casa construida con dinero consorcial sobre el terreno propiedad de D. Luis Carlos, tío del esposo, es común, como dispone la sentencia de primera instancia, o privativa del esposo como declara la sentencia de apelación. Ambas resoluciones indican que resulta acreditado que la construcción inicial fue realizada en los años 1982-1983 por ambos cónyuges con dinero consorcial, de donde la sentencia del Juzgado concluye el carácter común (ganancial dice la sentencia). Sin embargo, la Audiencia Provincial, partiendo de la misma premisa de la construcción con dinero consorcial, afirma: «Al heredar el actor a su tío se ha producido una suerte de confusión entre los patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor, pero sí que puede afirmar que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo, por más que al tiempo de la edificación el terreno no fuera del actor sino de su tío, al que ha heredado, produciéndose así una confusión de patrimonios, la cual no determina la extinción de todas las cuestiones relativas a la accesión, como pretende la demandada, sino que lo que fue edificado por la sociedad conyugal sobre terreno ajeno ha terminado teniendo la consideración de edificio levantado sobre terreno privativo del actor, pues éste ha terminado heredando a quien era el dueño del terreno al tiempo de levantarse el edificio con dinero consorcial».

Los efectos que la sentencia señala a la aceptación por el actor de la herencia de su tío, pro-

pietario del terreno, no son los que se desprenden de los hechos ni pueden ser consecuencia que se deba atribuir a tal negocio jurídico. Como se ha dicho, la edificación inicial se construyó por los cónyuges en los años 1982-1983, constante matrimonio, con dinero consorcial por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37.1.º de la Compilación, aplicable al caso por tratarse de acto (edificación de la vivienda) realizado en un momento en que se encontraba vigente, era un bien que formaba parte del patrimonio común que, según el precepto lo componían: «1.º Los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común». A la vista del tenor de este artículo no es preciso acudir para llegar a la misma conclusión, como apostilla la recurrente, a la presunción de comunidad establecida en el artículo 40, conforme al cual se presumen comunes los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse. Tampoco resultan de aplicación los artículos 1347, 1355 y 1361 del Código civil citados en la sentencia de primera instancia, pues este cuerpo legal sólo resultaba de aplicación (artículo 1.º2 de la Compilación) en defecto de las disposiciones de la misma que constituían el Derecho civil de Aragón (artículo 1.º1), que no era el caso dada la existencia de norma aragonesa aplicable.

Pero la sentencia recurrida, que afirma que la construcción de la casa se hizo con dinero consorcial, transforma la propiedad del suelo del tío del actor en suelo privativo de éste por efecto de la aceptación de su herencia en la que le fue adjudicado dicho terreno. Como decíamos, tal afirmación contradice los hechos y los efectos que se deben atribuir a la aceptación de la herencia pues, indiscutiblemente, la casa fue construida por el matrimonio con dinero común sobre suelo ajeno y, para señalar los efectos de este acto (la edificación), hay que atenerse al momento en que se realiza (1982-1983), por lo que la casa es consorcial, edificada sobre suelo ajeno, y la herencia (su aceptación) no puede hacer que el suelo se convierta en privativo del actor desde aquellas fechas, con efecto retroactivo.

Conforme al artículo 6.1 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, vigente desde el 23 de abril de

1999, la sucesión se defiende en el momento del fallecimiento del causante (29 de julio de 2004) y, por lo dispuesto en el artículo 7.1, «el llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación», de tal forma que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (artículo 28.1), pero en ningún caso a un momento anterior. Por lo tanto, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue un bien privativo del Sr. César en los años 1982-1983.

El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonios, como afirma la sentencia recurrida, y de ninguna forma con relación a una fecha anterior a la del fallecimiento del causante. Cosa distinta es que los bienes de la herencia se transmitan al heredero con sus derechos y obligaciones, lo que nos obligará a examinar las acciones que se transmiten junto con los bienes, concretamente la acción (derecho potestativo del artículo 361 Cc) de accesión, pero justamente porque no hay confusión de patrimonios el heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (artículo 40.1) y, siendo éstos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del artículo 40.2. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (artículo 42) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (artículo 43).

Por lo tanto, en ningún caso la sociedad conyugal edificó sobre terreno privativo del esposo sino sobre terreno ajeno, propiedad del tío del esposo, y lo edificado es bien consorcial, sin perjuicio de a quién corresponda ahora la titularidad del terreno. En tal sentido es cierta la afirmación de la sentencia recurrida de que el vuelo (el edificio) no ha podido hacer suyo el terreno, y ya la sentencia de primera instan-

cia había rechazado la posibilidad de una accesión invertida, pero tampoco ésta había sido así planteada por la demandada en la reconvencción, aunque se hiciera una confusa referencia a ello en el escrito de contestación a la demanda (hoja 19 a la que hace referencia la sentencia de apelación), al mencionar el carácter indivisible del todo integrante de la vivienda y el terreno en el que se asienta, «lo que supone una atribución de ganancialidad a la totalidad de este bien inmueble». Por esta alusión la sentencia de primera instancia se pudo plantear la posibilidad de una accesión invertida, que no aparece así formulada en ningún lugar de la reconvencción por lo que la sentencia, al estimar la demanda reconvenccional, no hizo otra declaración que la de consorcialidad de la edificación sobre suelo ajeno. La recurrente insiste en el primer motivo del recurso, al hilo de la conceptualización de las obras efectuadas por uno de los cónyuges como incrementos de la edificación, en considerar el suelo como un incremento más, lo que no estaba propuesto en la demanda reconvenccional, como acabamos de señalar. Indica que no se trata de una suerte de accesión invertida por la que el vuelo haga suyo el suelo sino que ingresa en el patrimonio común todo incremento de un bien común, pero no da razón alguna para considerar que el suelo pueda ser considerado como incremento de la edificación, lo que carece de toda justificación salvo que prosperara la acción de accesión invertida, que no ha sido formalmente propuesta.

Sin embargo, la sentencia de apelación, como corolario de negar la accesión del suelo al vuelo, afirma que no puede prosperar la demanda reconvenccional porque, «partiendo de los efectos de la confusión patrimonial antes indicada, debería entrar en acción el artículo 29 h) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que, aparte de sus transitorias primera y segunda, coincide con lo que disponía el artículo 38.7 de la Compilación derogada». Debe rechazarse tal conclusión, partiendo de la premisa de que no existe confusión de patrimonios, porque el artículo 38.7 de la Compilación, que sería el aplicable teniendo en cuenta la fecha de la edificación, al considerar privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios, exige, por

definición, que previamente los bienes sean propios, y en este caso el terreno no era propio del esposo en los años 1982-1982, que es cuando se produjo la edificación objeto, supuestamente, de accesión. Esta declaración de que el suelo era de titularidad ajena a los esposos, tanto a título común como privativo de cualquiera de ellos, será elemento sobre el que se examinará a continuación la accesión declarada a favor del actor.

En consecuencia, debe ser estimado el primer motivo del recurso, por infracción del artículo 37.1.º de la Compilación de Derecho civil de Aragón, confirmando la declaración del Juzgado de Primera Instancia de que la edificación era bien consorcial, construida sobre suelo ajeno.

En los motivos segundo y tercero del recurso se ataca la estimación parcial de la demanda, a la que llega la sentencia recurrida mediante la aplicación a favor del actor del instituto de la accesión (artículo 361 del Código civil), y la implícita remisión a los artículos 453 y 454 para justificar y concretar los gastos por los que debía ser indemnizada la demandada.

La sentencia recurrida dice en el inciso final del fundamento segundo que «el actor, antes de ser reconvenido, ya había efectuado expresamente la opción del artículo 361 del Código civil y ofrecido la indemnización, reconociendo un derecho de retención a la demandada hasta su pago». Como momento en el que el actor había efectuado la opción se refiere a la propia demanda. Ya hemos indicado que en un párrafo anterior se había afirmado que «partiendo de los efectos de la confusión patrimonial antes indicada, debería entrar en acción el artículo 29 h) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que, aparte de sus transitorias primera y segunda, coincide con lo que disponía el artículo 38.7 de la Compilación». De ello derivaría, aunque no se dice expresamente, que la edificación era una accesión de un bien propio (el terreno) del actor.

De esta forma afirma la sentencia que era el actor el que había ejercido la opción prevista en el artículo 361 del Código civil a favor del dueño del suelo para hacer suya la edificación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454.

Como se ha dicho, resulta errónea la premisa de la propiedad del suelo a favor del actor, al menos en los años 1982-1983, fecha de la edificación, y debe resolverse si es posible reconocer tal derecho de opción a quien en aquel momento no era el propietario, sino a su heredero varios años después. Debe partirse de que los requisitos para el ejercicio de la opción señalada deben ser contemplados en relación al momento en que se produce la construcción sobre suelo ajeno, que es el presupuesto básico de la accesión, construcción que en este caso tuvo lugar en los años 1982-1983. El propietario del suelo era entonces D. Luis Carlos, tío del actor y, según declaración expresa de las sentencias, consintió la edificación realizada por el actor y su esposa. Siendo así faltan los presupuestos básicos para la aplicación del artículo 361 CC pues este precepto y los siguientes se refieren a la construcción emplazada sobre suelo ajeno, señalando distintos efectos según haya habido buena o mala fe por parte de cada uno de los intervinientes, el dueño del suelo y el constructor. Buena fe significa en estos supuestos para el constructor la ignorancia de que edifica sobre suelo ajeno (en el artículo 433 CC se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide), de la misma forma que «se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse» (segundo párrafo del artículo 364 del Código civil).

En el presente supuesto no es sólo que el constructor hubiera obrado con buena fe (ignorancia, como tercero respecto a la propiedad, de hacerlo sobre suelo ajeno) sino que contaba con el consentimiento expreso del dueño, lo que hubiera impedido a éste intentar el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 361 para hacerse con la propiedad de lo edificado, mediante su indemnización, pues el consentimiento otorgado no podía permitirle después ejercitar tal opción. Ello no quiere decir que por tal consentimiento perdiera la propiedad del terreno, pero sí el derecho a obtener la edificación mediante el ejercicio de la opción por lo que, en definitiva, había convertido la opción en una sola posibilidad, la de obtener el precio del terreno. En este caso la buena fe exige el respeto de las

consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación.

Lo expuesto no significa, como dice el actor en sus alegaciones al recurso, que con tal conclusión se haría depender la posibilidad de ejercitar la opción de quien sea en cada momento el propietario del suelo, pues lo dicho no excluye la posibilidad de que cualquiera pueda recibir en herencia una finca sobre la que con anterioridad haya sido realizada una edificación por un tercero de buena fe, ignorante de la ajenez del suelo, y pueda el heredero ejercitar la opción contenida en el artículo 361 CC, si se dan sus requisitos referidos al tiempo de la edificación. En tal caso el heredero recibe el bien con sus derechos y obligaciones, incluyendo la posibilidad de la opción indicada si el anterior propietario no la ejercitó, porque no pudo o no quiso hacerlo, tras encontrarse con una edificación así realizada. Pero no podría el heredero ejercitar la opción si el anterior propietario había consentido la edificación, por las razones expuestas. En estos casos señala la doctrina que cuando el tercero opera sobre el terreno en virtud de una relación jurídica con su dueño (en este caso autorización expresa del tío) que le faculta para ello, que posteriormente se extingue, anula o resuelve, no son aplicables las normas de la accesión inmobiliaria (sentencias de 4 y 14 de junio de 1956 y 1 de febrero de 1979). La situación debe regirse por las reglas de aquella relación y en este supuesto ya hemos reflejado el consentimiento dado por el dueño del suelo que, en aplicación del principio de buena fe y del respeto a los propios actos, le impedía ejercitar la opción del artículo 361 CC y, por ello, también a su heredero que, además, era el edificante con plena conciencia de hacerlo sobre suelo ajeno y con consentimiento del dueño. En consecuencia procede también estimar los motivos segundo y tercero del recurso.

Ello lleva a la situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin

liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación pero sí de obtener la debida compensación por el terreno. En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posteridad en la edificación, tanto por las de consolidación del tejado como las de adaptación a vivienda de turismo rural, o cualesquiera otras obras o gastos, pues habrán de ser, en su caso, objeto de la correspondiente liquidación y división del patrimonio consorcial.

En cuanto al motivo cuarto del recurso, para acomodar el Registro a la realidad, dada

la estimación de los motivos anteriores, procede igualmente su estimación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, respecto a aquellas inscripciones que resulten contrarias a lo que resulta de este recurso, confirmando lo resuelto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en particular las inscripciones 5.<sup>a</sup>, relativa a la declaración de obra nueva a nombre de D. Luis Carlos, y 6.<sup>a</sup> (no la 7.<sup>a</sup>, según se ha aclarado), relativa a la aceptación de la herencia de la edificación a favor de D. Fausto, que deben referirse únicamente al terreno.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Para la acreditación del derecho marroquí el órgano judicial debe prestar su asistencia teniendo en cuenta que dispone de medios a su alcance baratos y expeditivos (base de datos del Cendoj).

#### AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de octubre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Francisco Carrillo Pozo**

El art. 107 CC contiene una remisión a la ley nacional común cuando de divorcio contencioso se trate. No cabe acudir sin más a la ley española amparándose en la residencia habitual de los ex cónyuges en nuestro país, porque no estamos en ninguno de los supuestos expresamente previstos en aquella norma que habilitan para aplicar algún ordenamiento español, y va de suyo que no se podría sin más excluir la competencia del Derecho marroquí en base a consideraciones de orden público.

Dicho lo cual, lo cierto es que a día de hoy el tratamiento en el proceso del Derecho extranjero en nuestro sistema es igual que el de los hechos, y por lo tanto tiene que ser alegado y probado por el actor, en el momento de presentar la demanda, sin dejar por eso de ser Derecho (así la STS de 4 de julio de 2006). Y esto es lo que aquí no se ha hecho de forma legal. Según jurisprudencia consolidada, la mera aportación de unas fotocopias no vale para probar el contenido y vigencia de la ley extranjera (a título de ejemplo, Sentencias de las AP de Madrid de 23 de noviembre de 2000, Tenerife de 13 de abril de 2004, Alicante de 12 de mayo de 2004, Baleares de 26 de abril de 2005, Gerona de 18 de julio de 2007): No son copias de un texto oficial, se desconoce incluso la fecha de publicación del libro del que han sido obtenidas, nada garantiza que estén en vigor con ese tenor, la cita es parcial y no permite conocer el sistema —cohe-

rente, por definición— que sin duda forman en todos los ordenamientos las reglas sobre efectos del matrimonio (existan o no) y consecuencias patrimoniales de la ruptura... Va de suyo que la falta de impugnación por la contraparte a la que alude la recurrente no puede ser tenida en cuenta, porque en este sector no caben los acuerdos de elección de ley.

Ahora bien: Hay que superar la ecuación insuficiencia de prueba igual a aplicación de la ley del foro. La STC 10/2000, de 17 de enero, recoge un conjunto de orientaciones sobre asistencia del órgano judicial a las partes cuando se trate de conocer el contenido del Derecho extranjero, y, tras colocar en el frontispicio del modelo la obligación del actor de actuar con diligencia, anuda a la aportación de un principio de prueba la obligación del tribunal de colaborar en la determinación del contenido de tal ley. En efecto, no cabe ignorar que la carencia de medios económicos y la necesidad de actuar con celeridad para clarificar su situación personal y patrimonial pudo suponer a la actora un obstáculo para realizar una investigación exhaustiva, y en ese sentido es imprescindible que el órgano preste su asistencia para el conocimiento del Derecho marroquí, más aún teniendo en cuenta que dispone de medios a su alcance baratos y expeditivos (base de datos del Cendoj). El art. 281.2 *in fine* LEC concurre en el mismo sentido al habilitar el auxilio

del juez. Así las cosas, este tribunal ha podido chequear y complementar la información suministrada por la recurrente, de modo que se considera bien ilustrado sobre el ordenamiento marroquí, que regirá las causas del divorcio

y —por lo que se refiere a la presente apelación— las consecuencias patrimoniales entre los ex cónyuges. La cuestión de los alimentos a los hijos se somete a la ley española de su residencia habitual.

## PATRIA POTESTAD

No puede privarse al padre de la patria potestad porque fuese condenado por un delito contra la libertad sexual de un menor por padecer un trastorno psicológico conocido como paidofilia o pedofilia, ya que dicha condena se produjo hace veinticinco años sin que se hayan vuelto a producir los hechos que la motivaron, que, además, eran conocidos por la apelante en el momento de contraer matrimonio.

### AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Teresa Vázquez Pizarro**

Contra la sentencia de instancia que declara el divorcio de Doña Zaira y establece las medidas que deben regir sus efectos, se alzan ambas partes, alegando la Sra. Zaira: que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba en lo relativo a la medida definitiva establecida en la resolución impugnada relativa al ejercicio compartido de la patria potestad sobre los hijos comunes del matrimonio, ya que no se han tenido en cuenta los informes obrantes en autos y las circunstancias que concurren en el presente caso y que se reflejan en los mismos. Así, la solicitud de que se otorgue el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva a la madre, se fundamenta en el hecho de que el padre de los menores Don José Augusto, ha sido condenado por un delito contra la libertad sexual de un menor, padece un trastorno psicológico conocido como paidofilia o pedofilia, por dicha razón, siempre han evitado que los menores se queden solos con su padre, y, además, lleva una vida desordenada. Además, se alega el error en la valoración de la prueba en relación a la pensión de alimentos y pensión compensatoria establecidas en la sentencia, dado que el progenitor obligado a prestarlas regenta dos negocios de hostelería de los que obtiene un beneficio mensual aproximado de 1.986 euros, y además es socio de una sociedad que explota la marca «MANGO» en Cáceres, y realiza actividades inmobiliarias. Junto a dichos ingresos, es

titular de un inmueble. Su capacidad económica es suficiente para hacer pago de la pensión de alimentos solicitada en la demanda (cuatrocientos euros mensuales para cada uno de los hijos) y de la pensión compensatoria solicitada (cuatrocientos euros mensuales).

En cuanto al recurso presentado por Don José Augusto, impugna la resolución de instancia en relación a la cuantía de la pensión compensatoria, alegando que no ha tenido en cuenta las circunstancias ya que sus ingresos han disminuido durante el año 2009 y 2010, y tiene numerosas deudas y cargas que soportar. La situación actual del apelante ha variado, por lo que debe disminuirse la cantidad a pagar en concepto de pensión compensatoria a la de 100 euros mensuales. Además, pretende la limitación temporal de la pensión compensatoria.

En relación a la pretensión sobre privación de la patria potestad del padre sobre sus hijos menores, debe desestimarse el recurso, dado que no consta acreditado que el progenitor haya incumplido con los deberes inherentes a la patria potestad, y la condena que constituye el fundamento principal de la pretensión, se produjo hace veinticinco años sin que se hayan vuelto a producir los hechos que la motivaron, que además, eran conocidos por la apelante en el momento de contraer matrimonio. Es decir, fue un

hecho anterior al matrimonio y al nacimiento de los hijos, conocido por la madre que nada ha manifestado al respecto hasta ahora. Además, los informes periciales que obran en autos no han recomendado en ningún caso la privación, siendo la relación del apelado con sus hijos cada vez más estrecha.

La patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable e imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero del que puede privarse o interrumpirse a los titulares de dicho derecho-deber, y que se consagra en el artículo 39 de la Constitución que proclama que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad. El artículo 170 del Código Civil, contempla la privación de la patria potestad, no sólo ante el no uso de la misma por el titular (padre o madre), sino por el incumplimiento de las funciones inherentes y para prevenir

la lesión al estado emocional de los hijos, cuyo interés ha de primar siempre.

Privación, que no es extinción, ya que, si las circunstancias se modificasen, podría ser procedente una recuperación de la patria potestad, circunstancias que habrían de tener soporte, en el presente caso, en un cambio radical de conducta del padre, asistencia de todo orden a los hijos y en definitiva, recuperación del afecto que parece que, en este momento, aquéllos le han perdido. Son de citar, entre otras, las Sentencias de Tribunal Supremo de 11 octubre 1991, 19 octubre 1992, 20 enero 1993 y 31 diciembre 1996, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior, no constando en el caso de autos motivo alguno para privar al padre de la patria potestad respecto de sus hijos menores, al no haber incumplido ninguno de los deberes inherentes a la misma, procede desestimar el recurso en este punto.

**Se condena a los padres a indemnizar a una menor que fue agredida sexualmente por el hijo de aquéllos también menor de edad.**

## **AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2010**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado**

La parte apelante pide la revocación de la sentencia de instancia, argumentando, como primer motivo, la necesidad de dar favorable acogida a la excepción de prescripción de la acción. Dicen los recurrentes que el día inicial para el cómputo de la acción es el mismo 15 de abril de 2008 en que supuestamente suceden los hechos que sirven de base a la demanda; por tanto, si ésta se presenta el 22 de mayo de 2009, la acción estaría prescrita.

Sin embargo, debe recordarse que, según reiteradísimamente jurisprudencia, la prescripción, al no hallarse fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación, por los tribunales, debe ser cautelosa y restrictiva, de modo y manera que si no está acreditado el abandono o cesación en el ejercicio del derecho, sino, antes al contrario, el ánimo conservativo de la acción, el deseo o afán

de mantenimiento del derecho, no será posible acoger la prescripción extintiva.

Siendo así, entonces, que, conforme al art. 1969 del CC, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que se pudieron ejercitar, quiere decir que el *dies a quo* debe situarse en la fecha en que la madre acude, con la menor, al Centro de Salud de Fuente de Cantos —25 de abril de 2008— donde el facultativo correspondiente pudo apreciar, tras examinar a la hija de la actora, que padecía «desgarro himeneal con discreta hiperemia de la zona vulvar», lo que significa que, en ese momento, pudo apercibirse de los daños por los que ahora reclama, que le llevaron a plantear, en el mismo día, denuncia ante el Juzgado de Guardia de Zafra.

Por otra parte, no puede tampoco olvidarse que la actitud de la actora, desde que conoce los

hechos, en la noche del 15 de abril de 2008 y posteriormente, ve confirmadas las afirmaciones que su hija le hizo en la noche del mencionado 15 de abril, mediante el informe del facultativo de guardia del Centro de Salud ya mencionado, denota un claro afán de mantenimiento y conservación de su derecho, nunca de abandono y dejadez.

Dicen los apelantes, como segundo motivo que al presentarse la demanda por Doña Mercedes, no en nombre propio y, además, en nombre y representación de su hija menor Rebeca, de la que ostenta su guarda y custodia, a virtud de procedimiento de divorcio, sino sólo y, exclusivamente, en nombre y representación de su referida hija, es por ello por lo que no puede pedir que se le resarza por daños materiales sufridos por ella misma y no por su referida hija, en concreto, al haber sido la actora la que ha sufragado gastos de desplazamiento para que su hija fuera atendida en la Clínica de tratamiento psicológico; así como el precio del informe elaborado por la Clínica Noguero.

Estos razonamientos no son de recibo, por cuanto aquellos gastos traen causa de un mismo hecho que es la conducta atribuida al hijo de los demandados, a cuya satisfacción (de tales gastos) venían compelidos los progenitores de la menor, en cuanto que viene incluido en el deber de asistencia y alimentos de los padres respecto de los hijos, no pudiendo pretenderse que aquellos gastos fueran sufragados por la propia menor, cuyas necesidades de todo orden deben ser afrontadas por los padres, por razón de las obligaciones paternas, como ya hemos indicado; por lo que, si vienen provocados por la conducta de un tercero, pueden perfectamente repetirlos frente a éste.

En cuanto al supuesto error en la valoración de la prueba por parte del juzgador *a quo*, en relación sobre todo a la prueba pericial, si bien es cierto que obra en los autos un informe del médico-forense que manifiesta que no se objetiva ninguna sintomatología psicopatológica en la menor a raíz de los hechos, no es menos cierto que ese informe no ha sido ratificado a presencia judicial, ni la presencia de aquella Médico-Forense fue recabada por los demandados ni siquiera como diligencia final. Por tanto,

puede decirse que, como informe pericial, sólo se cuenta en los autos con el informe aportado por la actora, que no ha sido desvirtuado por informe pericial presentado de contrario, al no haber asistido la Médico-Forense al acto del juicio para ratificación de su informe, ni haberse solicitado como diligencia final, al menos, por los demandados, ni haber éstos presentado informe alguno contradictorio.

Por otra parte, el informe del Jefe del Departamento de Orientación del Centro escolar al que asisten los dos menores involucrados, no puede ser objetivamente valorado, al haberse producido su tacha, dadas las relaciones familiares que presenta con los demandados (es primo hermano de Don José Ángel).

Todo ello significa que el único informe pericial con que contamos es el aportado por la actora, que describe el daño moral que debe ser objeto de indemnización, ningún otro informe sobre las consecuencias que, para la menor Rebeca, se derivaron tras lo acontecido el 15 de abril de 2008, se ha aportado a los autos, pues el informe del Jefe del Departamento de Orientación, aludido, se refiere, exclusivamente, al menor Carlos Manuel; por tanto, las secuelas psíquicas padecidas por la menor son las descritas en el informe elaborado por la Perito Doña Begoña, de fecha 23 de marzo de 2009, no desvirtuado ni contradicho por informe de signo contrario; no siendo tampoco susceptible de valoración el informe de la Médico-Forense pues, no sólo ya es que es sumamente conciso y escueto, sino que, además, no se ratificó en juicio; además, tampoco es contradictorio con el informe de la Sra. Begoña, pues, es obvio que el abuso sexual —reconocido, por lo demás, por el propio menor y por los padres de éste (folios 88, 90, 92,99, 167, 188, 189, 200 y 208)— existió, pero sin mediar violencia física, dada la amistad y relación de confianza de los menores entre sí; y en cuanto a la posible afectación psíquica, es innegable que para apreciarla no basta la mera consulta rutinaria de escasa duración temporal del forense para con los lesionados a los que debe analizar.

Pero también puede y debe ser objeto de valoración el parte médico emitido, el 25 de abril de 2008 por el Médico de Guardia del Centro

de Salud de Fuente de Cantos que apreció en la hija de la actora, desgarro himeneal y discreta hiperemia en zona vulvar; por tanto, supone ello una descripción objetiva de los hechos cometidos por el menor hijo de los demandados. Hechos que no aparecen negados en el informe del Médico-Forense, que sólo refiere que «la membrana himeneal se observa con dificultad, no pudiendo observar con claridad su morfología; aunque no se observan signos de violencia»; no puede desconocerse que entre los menores existía una relación de confianza y amistad, lo que explica la ausencia de violencia.

La *culpa in vigilando* de los demandados, base de su responsabilidad extracontractual está debidamente acreditada (art. 217 LEC) pues en el expediente incoado por la Administración Autonómica (Dirección General de la Infancia y Familia), se reconoce por el propio menor, Carlos Manuel, que hubo agresión sobre la menor, no sabiendo explicar el motivo de su conducta (folios 189 y 208); en el mismo Expediente los demandados manifiestan haber sorprendido a su hijo viendo películas pornográficas.

En conclusión, dada la naturaleza y gravedad de los hechos, y el lugar donde sucede —una localidad de escaso número de habitantes, donde tales hechos trascienden grandemente, aun sin pretenderlo los protagonistas—, no puede negarse ni desconocerse la realidad de un daño moral indemnizable, tal y como ha sido descrito

por la perito Doña Begoña, en que alude a las probables secuelas cuando la menor llegue a su adolescencia y comience a tener conciencia de la propia sexualidad.

Ahora bien, en lo que se refiere al *quantum* indemnizatorio, debe moderarse al apreciarse la existencia de *culpa in vigilando* también en la demandante madre de la menor perjudicada, pues no podemos olvidar que los hechos ocurrieron en su propio domicilio, y en horas en las que estaba presente la propia Sra. Mercedes, quien conocía la diferencia de edad entre su hija (4 años) y el menor hijo de los demandados (13 años) por lo tanto, la cantidad que deben abonar los demandados será la de 20.000 euros; al deber de calibrarse la circunstancia de que era la única persona adulta que se encontraba en la casa donde sucedieron los hechos, entre las 18,30 y las 19,30 horas del 15 de abril de 2008, con capacidad para haber evitado y prevenido tal conducta, habida cuenta la diferencia de edad entre ambos menores y habida cuenta también de que, como aparece al folio 168, la Sra. Mercedes era conocedora, con anterioridad al 15 de abril, de que el menor, Carlos Manuel, era un muchacho problemático, que incluso había sido protagonista de otro episodio sexual, disruptivo con la hija de un amigo de la familia Mercedes y, pese a ello, consintió que jugaran solos (su hija y el menor Carlos Manuel) en el sótano, sin vigilancia alguna.

Los hechos que se denuncian suponen un incumplimiento de las reglas que rigen el ejercicio de la patria potestad pues, ciertamente, algo como la educación religiosa (el padre querellante es de origen musulmán) debe ser acordado por ambos progenitores de común acuerdo y, a falta de éste, por aquel a quien por resolución judicial se atribuya la facultad de decisión, pero los hechos carecen de relevancia penal.

## AP Cáceres, Sec. 2.ª, Auto de 15 de septiembre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Valentín Pérez Aparicio

Se interpone recurso de apelación contra el auto de inadmisión que querrela (en realidad de ampliación de querrela anterior) formulada por hechos que la parte querellante considera que pueden incluirse en el delito del artículo 226 del Código Penal, y que consistirían en la unilateral matriculación de una hija común en un determi-

nado centro escolar religioso (Colegio Sagrado Corazón de Jesús de Trujillo) sin haber recabado el asentimiento del padre.

Los hechos que se denuncian suponen un incumplimiento de las reglas que rigen el ejercicio de la patria potestad pues, ciertamente, algo como la educación religiosa (el padre querellan-

te es de origen musulmán) debe ser acordado por ambos progenitores de común acuerdo y, a falta de éste, por aquel a quien por resolución judicial se atribuya la facultad de decisión (artículo 156 del Código Civil).

Ahora bien, la cuestión que ha de analizarse en este orden jurisdiccional es si tal hecho tiene encaje en el artículo 226 del Texto Punitivo como pretende el apelante, y la respuesta es negativa. En materia penal no caben aplicaciones extensivas ni interpretaciones analógicas de preceptos, y el artículo 226.1 del Código Penal, integrado en los delitos de abandono de familia, menores e incapaces, se refiere al incumplimiento de «deberes legales de asistencia», y en tales deberes

legales de asistencia no tiene cabida el supuesto denunciado. No estamos ante el supuesto en el que la madre niegue o impida la educación de la menor (la educación forma parte del concepto de sustento y, por tanto, de la asistencia debida de padres a hijos), sino de la toma de una decisión en materia educativa incumpliendo las reglas que a tal fin establecen las normas que rigen las relaciones paternofiliales, supuesto ajeno al ámbito del artículo 226 y que, por tanto, no es constitutivo de infracción penal.

En estas circunstancias la inadmisión de la querrela ampliatoria resulta plenamente ajustada a derecho y, por tanto, la resolución del instructor ha de ser confirmada.

## GUARDA Y CUSTODIA

No se acuerda el cambio de custodia dado que ese tipo de roces que provienen de la convivencia con los adolescentes a los que se trata de educar, los tiene únicamente el progenitor que tiene que desempeñar la comprometida función diaria. No los tendrá aquel que por estar trabajando se relaciona muy poco con sus hijos, y menos si por tener elevados ingresos aparece ante sus hijas como espléndido y dádivo padre. Si la madre discute con sus hijas por aquellas razones pueriles que han indicado las hijas, es evidente que ésta sería la que aparentemente más se está esforzando en su educación, en cuya función entra el denegar debidamente y en controlar lo que fuere necesario.

### AP Castellón, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 22 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco**

Como fundamental motivo del recurso, que vendría a arrastrar congruentemente toda una serie de consideraciones y pronunciamientos sobre las medidas coordinadas o anudadas a la misma, se interesa la atribución de la guarda y custodia al Sr. Diego de las tres hijas menores, con una propuesta de visitas a favor de la madre ajustada a su progresión en el tratamiento de su toxicomanía y el pago de alimentos por la misma de 150 euros para cada una de sus hijas.

Como razón el recurrente alude, por un lado, a la condición de toxicómana de la Sra. Olga, acreditada en función de su actitud renuente a someterse a un análisis del cabello a fin de descartar el consumo de cocaína, el peligro o riesgo emulativo que supone para las niñas las aficiones de la madre, hasta el punto de que la

hija Rocío haya reconocido que ha fumado en cachimba.

Ciertamente, pese a los análisis de orina periódicos negativos de la Sra. Olga, puede darse por probado la afición de ésta a las drogas, pues no es aceptable su renuencia al análisis de un cabello bajo el argumento de la humillación, algo netamente inconsistente cuando está aquí oyendo y soportando por parte de su hija Rocío la acusación de drogadicta y prefiere no desvirtuarlo (facilitando un simple pelo). No se entiende que no califique de humillantes los análisis de orina. Sobran comentarios.

Mas una cosa es la condición de toxicómano en el sentido genuino de auténtica adicción a las drogas, y otra la condición de consumidor esporádico o de lo que se califica como «recrea-

cional». Ambas cosas son negativas en una madre, pero existe indiscutible diferencia de gravedad, de posibilidad de renunciar a ello, y de incidencia en la compatibilidad con las tareas y responsabilidades que la custodia comporta.

Cuando se habla de la Sra. Olga no puede decirse que se esté ante una toxicómana en sentido propio o genuino que evidencie un descontrol de conductas, entre otras cosas porque también se ha dicho por el Sr. Diego y por alguna de las testigos que la Sra. Olga dedica bastante tiempo a jugar al pódol, y al parecer lo hace bien como indicativo de una afición que le exige y supone condiciones psicofísicas aceptables y en cierto grado incompatibles con consumos diarios o habituales.

El que la hija mayor Rocío, de 15 años, haya fumado en cachimba o narguile, lo que no sería más que algún tabaco pero con la atracción añadida del aparato de semejante trasto compartido en corro, no puede resultar muy extraño a la vista de lo que es la adolescencia y las ganas de experimentar de esas edades. Cualquiera que tenga contacto con la realidad, observando las inclinaciones y gustos de esos procesos vitales que afortunadamente pasan rápido, ha de poner en su justo término lo que sólo parece ser algo anecdótico.

Desde luego existen otras adicciones que pueden ser tan preocupantes por encubiertas y por aparentemente inofensivas, que no lo son tanto, por tiempo y abducción del menor, como es el Internet y todo ese mundo de twentis, mensengers, etc.

Y hay otros problemas educacionales como es el conceder caprichos materiales a los hijos, que sirven para tenerlos contentos pero que perjudican su educación a medio y largo plazo en aquel binomio fundamental que han de asimilar de premio-esfuerzo, y de tratar de que los niños constaten la realidad que les va a tocar vivir como adultos para que incorporen y se eduquen en responsabilidades, valores y sensibilidades adecuadas.

Nadie podrá rebatir las anteriores reflexiones, pues son de natural calado teórico, pero probablemente ninguno de los progenitores se dará por aludido en la relación con sus hijas.

Por ello, el que las niñas Rocío o Teresa se lleven mal con su madre debido a que las riña y grite o porque las quite algún teléfono móvil o las aparte del ordenador, o porque la madre las reprenda por tratar de controlarlas o porque siente que la han perdido el respeto, no tiene la menor relevancia si exclusivamente son esos los motivos. Los conflictos entre padres e hijos adolescentes son así y por esas causas. Nada anormal. Lo que añade peligrosidad es que surjan ese tipo de fricciones —que en otro caso serían pasajeras— en un momento en que los padres se estén separando y vean los hijos opciones de evitarlo yéndose con uno o con otro y encima sacando algún partido de tipo material. Eso merece atención. Ahí están por ejemplo las conclusiones del equipo psicosocial sobre las parcelas de libertad que ello concede a la influenciada menor Rocío.

Como es lógico ese tipo de roces que provienen de la convivencia con los adolescentes a los que se trata de educar, los tiene únicamente el progenitor que tiene que desempeñar la comprometida función diaria. No los tendrá aquel que por estar trabajando se relaciona muy poco con sus hijos, y menos si por tener elevados ingresos aparece ante sus hijas —cuando ya la crisis conyugal ha motivado la separación personal— como espléndido y dadivoso padre. El Sr. Diego.

No es desdeñable aquello dicho por una de las hijas que prefirieron irse con el padre, de que Gabriela (la que quedó con la madre) no se viene con su padre porque no la compra un caballo. Y que entre ellas no se hablan por haberse quitado el teléfono móvil. Poco que añadir. Pero da idea de las motivaciones de las hijas para irse allí o quedarse acá.

Si la Sra. Olga discute con sus hijas por aquellas razones pueriles que han indicado las hijas, es evidente que ésta sería la que aparentemente más se está esforzando en su educación, en cuya función entra el denegar debidamente y en controlar lo que fuere necesario.

Por ello, en función del informe del equipo psicosocial que no refleja factores negativos en la capacidad de ambos progenitores, salvo su gran conflictividad que les impide desarrollar algún tipo de diálogo interno relativos a las hi-

jas, y considerando que quien más se ha dedicado a su crianza es la madre, no procede cambio alguno en la decisión contenida al respecto de la guarda y custodia en la sentencia, siendo incluso

recomendable la terapia familiar en los términos que establece la sentencia en la medida que ello redundará en el interés de las hijas dado el nivel de beligerancia que se ha legado a desarrollar.

No se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre. De los informes del equipo psicosocial se deduce que los menores rechazan el cambio de régimen «al encontrarse bien como están» no dándose las condiciones para la custodia compartida.

### AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referido a la guarda y custodia mantenida a favor de la madre Sra. Irene relativa a los hijos anteriormente referenciados y cuya modificación se pretende (no olvidemos, que al día de la fecha Visitación ha cumplido 18 años); lo cierto es, que habrá de analizarse en el caso de autos si se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron en su día aquella medida. En este sentido, conviene precisar con carácter previo, que el principio rector de cuanto a la adopción de tal medida no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior de los menores frente a cualquier otro, incluido el de sus propios padres, principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño), como en nuestra legislación de diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 103.1, 154, 158 y 170 entre otros), Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en general en cuantas normas y disposiciones se regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos. Así las cosas, tras el análisis de la prueba practicada, documental aportada e informe del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia se desprende, que si bien es cierto, que el art. 92.5 de nuestro Código Civil, prevé la posibilidad de que se acuerde la custodia compartida; también lo es, que dicho precepto exige que se solicite de mutuo acuerdo por los cónyuges y sólo excep-

cionalmente sin consenso con informe favorable del Ministerio Fiscal y en atención al interés superior de los menores a quienes se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar; no constatándose de lo actuado en el caso de autos, ni que se cumplan los requisitos legalmente establecidos (no olvidemos, la oposición expresa del Ministerio Fiscal a la modificación del régimen de guarda y custodia establecido, así como la conflictividad de los progenitores), ni que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron la atribución de la guarda y custodia de los menores a su madre Sra. Irene en virtud de sentencia de divorcio dictada con fecha 26 de julio de 2005 que aprobaba los acuerdos alcanzados por las partes en la vista celebrada el día 25 de julio del mismo año. De ahí, que esta Sala estime que no existan razones para modificar tal régimen de guarda y custodia establecido en su día (de los informes del Equipo Psicosocial se deduce que los menores rechazaban el cambio de régimen «al encontrarse bien como estaban» y que no se daban las condiciones para una custodia compartida), ni concurren otras circunstancias que hubiesen podido propiciar esta última (bajo nivel de conflicto entre los progenitores, cooperación entre los mismos, acuerdos sobre educación y formación de los hijos, etc.); y ello sin olvidar el amplio y flexible régimen de estancia, comunicación y visitas con el progenitor no custodio que le resulta beneficioso, con ambos referentes parentales y que deberá contribuir a un desarrollo pleno e integral de aquéllos. En consecuencia este Tribunal asume y comparte, en esencia, la funda-

mentación jurídica recogida por el Juez *a quo* en la resolución recurrida, que responde a una valoración objetivamente razonada, correcta y aséptica de la prueba practicada y que no resulta ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica,

llegando a idéntica conclusión que aquél; por lo que es procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia en toda su integridad.

**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, si bien serán los menores los que se trasladen al domicilio de los progenitores.**

### AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

En el presente caso en la demanda inicial se solicita de forma subsidiaria el establecimiento de una guardia y custodia compartida a favor de ambos progenitores, que con anterioridad a la formulación de la demanda ya habían alcanzado un acuerdo de asumir de forma compartida la guardia y custodia de los hijos a fin de mantener el normal contacto de los cónyuges con sus hijos y que éstos puedan disfrutar de la compañía de ambos, asimismo en el informe psicológico de la Sra. Apolonia se recomienda la custodia compartida revisando el estado emocional de los menores cada seis meses y que ambos padres lleven el mismo protocolo de actuaciones, consta igualmente el informe favorable del Ministerio Fiscal y en esta segunda instancia se ha practicado la prueba de exploración de los menores que ya cuenta con una edad de 15 y 13 años respectivamente y ambos fueron contundentes en expresar su deseo de continuar con el régimen de custodia compartida no planteándose la posibilidad de cambio del mismo, si bien manifestaron que consideraban más conveniente que fuesen ellos los que se trasladasen al domicilio de sus padres ya que no les afectaba dicho cambio de domicilio por estar cerca uno de otro y mantienen la relación con sus amigos en los dos casos.

Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 «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 espa-

ñol 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». Y la Sentencia de 28 de septiembre de 2009 dice: «La nueva regulación de la guarda y custodia compartida el artículo 92 CC después de la reforma producida por la Ley 15/2005 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...» por lo que considera la Sala que teniendo en cuenta el inicial acuerdo de los progenitores, el informe psicoló-

gico 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 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, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta segunda instancia dada la especial naturaleza de este procedimiento y la índole de los derechos en él debatidos.

**Descartada la alienación parental no existe motivo alguno para el cambio de custodia dado que la menor convive con la madre desde la separación, está perfectamente adaptada al núcleo familiar formado por aquélla y su actual marido y es su deseo continuar como hasta ahora, recordándose al padre que debe evitar una litigiosidad innecesaria.**

#### **AP Asturias, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 13 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María Nuria Zamora Pérez**

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda de Modificación de Medidas, promovida por Don Eugenio, con la que trata de conseguir se le atribuya la guarda y custodia de su hija Noemí, nacida el 26 de agosto de 2000. Guarda que ahora tiene atribuida Doña Clara, madre de la menor.

Recurrida la sentencia por el demandante, la apelación ha de ser desestimada.

La modificación de las medidas adoptadas, con motivo de la separación, divorcio o nulidad de un vínculo matrimonial, y que afecten a los hijos menores, sólo se justifica cuando hay un cambio sustancial de circunstancias, en tal sentido artículo 775 de la LEC y 91 del Código Civil; o cuando se evidencia que la modificación beneficiará al menor. Circunstancias que no se observan concurran en el caso de autos.

Hemos de recordar que es la madre quien se ha venido haciendo cargo de la menor desde su nacimiento. A ella le es atribuida la guarda y custodia, a raíz de la separación matrimonial

acaecida en Sentencia dictada el 9 de marzo de 2005. Convivencia que se ha venido desarrollando con total normalidad, sin que la menor presente síntomas de dejadez, abandono, descuido o desatención por parte de su progenitora. Al contrario, según se desprende de la exploración realizada a la menor, por la juzgadora de instancia, ésta se siente plenamente integrada y adaptada al núcleo familiar formado por su madre y su actual marido, Paco, con quien mantiene buena relación afectiva, facilitando una correcta evolución tanto a nivel psicológico como laboral, tal y como demuestra su satisfactorio rendimiento escolar. Lo cual no es impedimento para que siga manteniendo buena relación con el padre y la familia materna extensa con quien convive el período de visitas fijado en la sentencia de divorcio, no observándose síntoma de alienación parental alguno.

De lo anteriormente expuesto se desprende la inexistencia de motivo alguno que justifique la modificación de medidas solicitada, manifes-

tando expresamente la menor su deseo de seguir conviviendo con la madre. Llegados a este punto lo único que resta es recordar al apelante lo ya recogido en el fundamento de derecho segundo

de la Sentencia dictada el 3 de marzo de 2006, en el proceso de Modificación de Medidas 1214/05, debiendo evitar una litigiosidad innecesaria, lo que redundará en beneficio de la menor.

Concurren todas las circunstancias objetivas para acceder a la petición de guarda compartida formulada por el padre, en tanto dicho sistema es el que mayor semejanza tiene con el modelo de convivencia y de cuidado llevado a cabo cuando los padres vivían juntos y con el modelo de convivencia acordado por los padres después de la ruptura que, aunque breve en el tiempo, no se ha evidenciado perjudicial para los niños. Los cambios de domicilio de los menores se producen igualmente con el régimen de comunicación establecido en la sentencia apelada que contempla una tarde entre semana con pernocta y en tanto no se ha probado que resulten perjudiciales para los hijos, no pueden servir como única razón para denegar la guarda compartida en los términos en que ha sido solicitada.

### AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Dolores Viñas Maestre

La sentencia apelada atribuye a la madre la guarda y custodia de los dos hijos del matrimonio, Vicenç y Julia, nacidos respectivamente el 30 de noviembre de 2001 y 10 de julio de 2003. Señala la sentencia que no se acreditan los requisitos necesarios y esenciales para el establecimiento de la custodia compartida, deduciéndose de lo actuado que la madre es el progenitor más idóneo para atender el cuidado de los hijos y que es ésta la que viene atendiendo a los hijos con un criterio mayor de permanencia sin que existan en autos datos que revelen que no está capacitada para atender adecuadamente al mismo. Contra este pronunciamiento se alza el demandado, reiterando todos los argumentos esgrimidos en primera instancia para solicitar la custodia compartida. En síntesis el Sr. Torcuato alega la existencia de un acuerdo llevado a cabo desde la ruptura del matrimonio en julio de 2008 consistente en que los niños vivían con el padre dos días a la semana y los fines de semana alternos desde el viernes al lunes y los otros dos días a la semana con la madre y restantes fines de semana alternos, habiéndose firmado un convenio regulador que no llegó a presentarse por cuestiones de índole económica, régimen de convivencia que rigió hasta que fue modificado por el Auto de Medidas Provisionales dictado en enero de 2009 sosteniendo que no concurren motivos para acordar un régimen distinto.

Como ya se señaló en Sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 2010, la Ley no establece cuáles son los criterios que deben valorarse para determinar cuál es el mejor sistema de custodia, siendo los Tribunales los que han ido perfilando dichos criterios. Así puede derivarse de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que dichos criterios son: la dinámica familiar anterior a la ruptura (SAP de Barcelona, Sec. 18, de 12 de enero de 2006 y 4 de julio de 2007); la organización familiar posterior a la ruptura y anterior al proceso (Sentencias de la AP Barcelona, Sec. 18, de 21 de diciembre de 2001, de la AP Granada de 16 de octubre de 2001, AP Girona de 28 de febrero de 2001 y de 20 de octubre de 2004, AP Jaén, Sec. 1, de 9 de mayo de 2005, AP Barcelona, Sec. 12, 9 de noviembre de 2005, AP Málaga, Sec. 6, de 21 de marzo de 2007 y AP Valencia de 27 de marzo de 2007); la incidencia en la estabilidad del menor de los cambios de domicilio que implica la custodia compartida (Sentencias AP Madrid, Sec. 24, de 10 de noviembre de 2005, AP Valencia, Sec. 10, de 22 de marzo de 2006, AP Huelva, Sec. 1, de 30 de marzo de 2007, AP Barcelona, Sec. 18, de 20 de febrero de 2007); la capacidad de comunicación de los progenitores y los estilos educativos (AP Valencia, Sec. 10, de 18 de junio de 2007, AP Barcelona, Sec. 12, de 24 de mayo de 2007 y AP Jaén, Sec. 4, de 16 de

noviembre de 2005); y la disponibilidad de los progenitores para el cuidado del menor.

La Sentencia del TSJC de fecha 31 de julio de 2008 ha señalado que en la aplicación de la custodia «habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares».

Y el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en Sentencia de fecha 8 de octubre de 2009 señalando que «A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (artículo 373-2-11 Code civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 marzo 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».

El Libro segundo del CCC aprobado por Llei 25/2010, de 29 de julio, sí establece en su artículo 233-11 los criterios que deben valorarse y si bien dicha normativa no ha entrado en vigor y en consecuencia no resulta aplicable al supuesto de autos, sí puede ser objeto de consideración como orientativa. Así los criterios establecidos son los siguientes:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven a las viviendas respectivas.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las labores que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera del convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores.

Tal como se señaló en la sentencia antes referida de 11 de marzo de este año, debe igualmente concluirse que el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior

a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo más similar posible, con preservación de los intereses del menor, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos.

Dicho lo anterior, de las pruebas practicadas ha quedado acreditado:

1. La ruptura fáctica del matrimonio se produjo en julio de 2008. Ambos progenitores acordaron que los niños convivirían con el padre dos días entre semana y con la madre los otros dos distribuyéndose los fines de semana de forma alterna desde la tarde del viernes al lunes por la mañana y mitad de vacaciones, rigiendo dicho sistema de convivencia que fue recogido además en un convenio o acuerdo suscrito el 10 de septiembre de 2008. En dicho convenio se acuerda literalmente que «la guarda y custodia de los hijos menores de edad Vicenç y Júlia se atribuye a la madre con quien residirán en el domicilio de la misma y como régimen de visitas se estipula que el padre estará con los hijos los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes en que los llevará al centro escolar siendo extensivos a los puentes escolares, los lunes y martes de cada semana, días que se unirán a los fines de semana al mismo correspondientes, debiendo restituir los hijos al centro escolar el miércoles y vacaciones por mitad».

2. La madre quedó residiendo con los hijos en el domicilio familiar mientras que el padre vive en un domicilio cercano que tiene alquilado por 400 euros mensuales según se ha acreditado en esta alzada.

3. El padre se ha dedicado constante la convivencia matrimonial al cuidado de los hijos, asumiendo determinadas tareas de forma exclusiva o conjuntamente con la madre, como acompañarles al centro escolar, recogerles, llevarlos al médico, entre otras.

4. La relación entre padre e hijos es buena, habiéndose reconocido por la madre que los niños adoran a su padre y que se alegran mucho de verle.

5. Los padres tienen capacidad de comunicación y de consensuar cuestiones relativas a los hijos.

Las razones alegadas por la parte demandante para oponerse a un régimen de guarda como el acordado inicialmente estriban básicamente en que el hijo mayor Vicenç tiene una sensibilidad especial, no considerando conveniente tantos cambios. Así lo manifestó en el acto de la vista en el que señaló que en septiembre de 2008 cuando inició el curso escolar observó que su hijo Vicenç no se relacionaba con los demás y que estaba más alterado. No obstante lo anterior, reconoce que desde septiembre hasta ahora ha visto un cambio positivo y que no consideró necesario llevarlo al CAP para una valoración psicológica inicialmente acordada por ambos progenitores. Asimismo cuando manifiesta que el niño no es propenso a los cambios, afirma que no ocurre lo mismo con su hija.

De todo lo anterior, se concluye que la única razón por la cual se solicita la custodia materna de una forma distinta a la acordada inicialmente después de producirse la ruptura matrimonial, es el malestar del hijo mayor Vicenç, no así de la hija que parece adaptarse al nuevo modelo de convivencia. No ha quedado acreditado que dicho malestar, que según propias manifestaciones de la actora se produce en septiembre de 2008, tenga por causa o motivo el sistema acordado de guarda compartida, pues ninguna prueba se ha aportado al respecto y se reconoce por otra parte que se ha producido un cambio positivo del menor desde septiembre hasta la fecha de celebración de la comparecencia de Medidas Provisionales en enero de 2009, constando que hasta entonces la guarda seguía siendo compartida. Es decir que una vez adaptado el menor a los cambios impuestos por la ruptura, la situación puede considerarse normalizada, no siendo el sistema de guarda compartida lo que ha alterado o perturbado al niño. Conviene aclarar que pese a que en el acuerdo firmado por ambos progenitores se atribuye la guarda y custodia a la madre, se establece un reparto de tiempo equitativo entre ambos y que es este reparto equitativo el mismo que se solicita por el padre en este procedimiento, que equivale a una guarda compartida.

Al margen de lo anterior, que como se ha señalado, no ha quedado acreditado, concurren todas las circunstancias objetivas antes relacionadas para acceder a la petición de guarda compartida formulada por el apelante, en tanto dicho sistema es el que mayor semejanza tiene con el modelo de convivencia y de cuidado llevado a cabo cuando los padres vivían juntos y con el modelo de convivencia acordado por los padres después de la ruptura que, aunque breve en el tiempo, no se ha evidenciado perjudicial para los niños. Los cambios de domicilio de los menores se producen igualmente con el régimen de comunicación establecido en la sentencia apelada que contempla una tarde entre semana con pernocta y en tanto no se ha probado que resulten perjudiciales para los hijos, no pueden servir como única razón para denegar la guarda compartida en los términos en que ha sido solicitada.

Por todo ello procede la estimación del recurso respecto al pronunciamiento sobre guarda y custodia de los hijos menores, y se acuerda la guarda conjunta de ambos progenitores que la ejercerán del siguiente modo: los hijos menores residirán con su madre los lunes y martes y con el padre los miércoles y jueves, llevándolos respectivamente los miércoles y los viernes por la mañana al centro escolar; los fines de semana que comprenderán desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes por la mañana convivirán de forma alterna con uno y otro progenitor y los períodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se distribuirán por mitad, correspondiendo en

defecto de acuerdo la primera mitad de las referidas vacaciones al padre en los años pares y a la madre en los impares y viceversa.

En la parte dispositiva se acuerdan las siguientes medidas:

1. La potestad conjunta de ambos progenitores respecto a los hijos menores y la guarda conjunta que ejercerán de forma compartida en los siguientes términos: los hijos menores residirán con su madre los lunes y martes y con el padre los miércoles y jueves, llevándolos respectivamente los miércoles y los viernes por la mañana al centro escolar; los fines de semana que comprenderán desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes por la mañana convivirán de forma alterna con uno y otro progenitor y los períodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se distribuirán por mitad, correspondiendo en defecto de acuerdo la primera mitad de las referidas vacaciones al padre en los años pares y a la madre en los impares y viceversa.

2. Como prestación alimenticia se acuerda una contribución para ambos hijos de 400 euros mensuales por parte del padre y de 200 euros mensuales por parte de la madre a ingresar en una cuenta conjunta en la que se procederá a domiciliar todos los gastos fijos de los menores. Cada progenitor se hará cargo de los gastos de manutención en sentido estricto de los hijos cuando convivan con ellos. Las cantidades antes establecidas deberán ser ingresadas en la cuenta o abonadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y serán actualizadas anualmente conforme a los índices del IPC.

No es de aplicación al presente supuesto la Ley de 20 de mayo de 2010 sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres, en todo caso no se ha acreditado ningún cambio de circunstancias que aconseje la fijación de la custodia compartida.

### AP Zaragoza, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 5 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescos**

La Sentencia recaída en el presente procedimiento sobre modificación de medidas (artículo 775 LEC) es objeto de recurso por la representación de la parte actora (Sr. Miguel) que en su escrito

de interposición (artículo 458 LEC), considera que debe otorgarse la guarda y custodia compartida o subsidiariamente a favor del recurrente, o en su caso de mantenerla a favor de la madre

se aumente el régimen de visitas, incluyéndose además la pernocta en el miércoles, reduciéndose la pensión alimenticia a 600 euros mensuales y sin imposición de las costas procesales.

Debe tener en cuenta que el procedimiento de divorcio se resolvió por Sentencia de 12 de enero de 2010, en el que ya se valoró la posibilidad o no de conceder la custodia compartida, considerando tanto el Gabinete Psicosocial, el Ministerio Fiscal y el Juzgador de Instancia, que en beneficio de los menores la guarda y custodia debería ser atribuida a la madre. No siendo de aplicación al presente supuesto la Ley de 20 de mayo de 2010 sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres, en todo caso no se ha acreditado ningún cambio de circunstancias que aconseje la fijación de la custodia compartida, ni que ésta sea en el presente supuesto más beneficiosa para los menores que la fijada en la Sentencia recurrida.

En cuanto al régimen de visitas, debe indicarse según tiene declarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de noviembre de 2005) que debe estar subordinado al interés y beneficio del menor y en este sentido proteccionista se manifiesta claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, igualmente la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y cuidadores y por los Juzgadores.

En el presente supuesto, la Sentencia apelada mantiene el instaurado en Sentencia de Divorcio de conformidad con el informe psicosocial (folio 81), sin que exista motivo alguno para su modificación.

**Esta Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia del SAP y en este caso nunca podría apreciarse aquél por cuanto está clara la causa del rechazo de los menores hacia la madre y que dista mucho de ser una simple manipulación del otro progenitor. Las nulas habilidades educativas de la madre que utiliza las agresiones físicas y verbales contra los niños como el método habitual de relacionarse con ellos es lo que justifica que los hijos rechacen la convivencia con la madre.**

### **AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2010**

---

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de la Soledad Jurado Rodríguez**

La sentencia dictada en la anterior instancia acuerda otorgar al padre la guarda y custodia de los tres hijos menores del matrimonio, (Keyssi, Ivan y Christopher, de 11, 10 y 8 años de edad respectivamente en el momento de interposición de la demanda), interesándose por la recurrente la revocación de tal medida a fin de que se le atribuya a la madre de dichos menores su guarda y custodia, lo que fundamenta en error en la valoración de la prueba al deducirse de los informes periciales que la aversión que sienten los niños hacia la madre viene motivada por la actitud del padre hacia la misma. Dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea

General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que los niños necesitan protección y cuidados especiales, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y ha de ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. En todas las medidas que les conciernan, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño. En nuestro derecho interno, el artículo 39.4 de la Constitución manifiesta que «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos inter-

nacionales que velan por sus derechos», y los artículos 90 y siguientes del Código Civil parten del principio esencial de que «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos», criterio este que se consolida y desarrolla en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Desde esa perspectiva que enmarca todo el Derecho interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como principio de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño, y en esta línea de *favor filii*, está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, teniéndose en cuenta que el artículo 92 del Código Civil establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, siendo ésta la única norma a la que ha de atenderse a la hora de atribuir la custodia a uno u otro progenitor. Partiendo de estos últimos principios en el presente caso ha quedado acreditado en las actuaciones, (fundamentalmente por la exploración de los dos hijos mayores, el informe pericial psicológico y el informe pericial social) la no aptitud de la ahora recurrente para cuidar de sus hijos, incluso en sus más elementales necesidades, y que los menores prefieren sin duda alguna continuar bajo el cuidado de su padre, y en base a estos datos es por lo que esta Sala procede a confirmar la resolución recurrida al ser criterio reiterado de la misma que no todo parecer o deseo de un menor de edad puede calificarse de capricho, y que como tal, no merece ser atendido, criterio que también se recoge en nuestras normas positivas cuando el artículo 92.2 del Código Civil impone al Juez la obligación de velar por el cumplimiento del derecho de los niños a ser oídos antes de adoptar cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que no hacen más que recoger los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuyo artículo 12 no sólo se dispone que el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, sino que también se proclama que deben tenerse

en cuenta las opiniones del niño, y que con ese fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, de ahí que esta prueba deba ser decisiva (si bien no determinante) a fin de fijar cuál de los progenitores ha de ser el custodio de las menores, debiendo rechazarse el argumento recurrente referido a la posible manipulación de los hijos por el padre, esto es, sin denominarlo así expresamente, alega que los menores pueden sufrir el denominado síndrome de alienación parental, conocido como el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se esperaría de su condición, logrando provocar el progenitor alienador mediante un mensaje y un programa constituyendo lo que normalmente se denomina «lavado de cerebro», desarrollando los hijos que sufren este síndrome un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado. Esta Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia de ese síndrome, y, en su caso, sus causas, consecuencias y soluciones, no obstante, sin entrar en dicho debate porque no es objeto de una resolución judicial, y partiendo pues de la posible existencia en términos generales de ese síndrome, en esta litis en ningún caso se podría apreciar síndrome de alienación parental cuando está clara la causa del rechazo de los menores hacia el progenitor no alienador (la madre), y que esa causa dista mucho de ser una simple manipulación del otro progenitor, pues todas las pruebas coinciden, como se ha indicado, las nulas habilidades educativas de la madre que utiliza las agresiones físicas y verbales contra los niños como el método habitual de relacionarse con ellos (actitud que también describen los menores en la exploración efectuada), siendo este sistema el que precisamente justifica que los hijos rechacen la convivencia con la madre y que destierra la existencia de manipulación del otro progenitor en ese rechazo. Por estas mismas razones, también procede la confirmación del régimen restrictivo de visitas establecido y que también es impugnado por la recurrente si bien sin ofrecer otras alternativas.

## RÉGIMEN DE VISITAS

La sentencia acuerda la ampliación del régimen de visitas pues la enemistad entre los padres no puede perjudicar la frecuencia de la relación de los hijos con el padre pues la amplitud de los contactos supone un beneficio para éstos. A los padres les es exigible un esfuerzo en sus relaciones en beneficio de los hijos menores.

### AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de octubre de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Belén Iracheta Undagoitia

Frente a la sentencia que dispone la ampliación del régimen de visitas de Don Balbino con relación a los menores Rómulo y Luis Andrés respecto al establecido en la sentencia de divorcio de sus progenitores, se alza la demandada que postula la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de una nueva resolución que desestime íntegramente la demanda de modificación y disponga el mantenimiento del régimen de visitas que se estableció en el convenio regulador que se aprobó en sentencia de divorcio.

Con relación al derecho de visitas, la Sentencia de 30 de julio de 2010, RAP 290/10, de esta Sección dice:

«... es criterio del Tribunal, recogido en anteriores resoluciones, que, en el caso de que no se aprecie la concurrencia circunstancias graves que aconsejen la restricción o limitación de las visitas (art. 94 CC, inciso segundo), debe establecerse un régimen que facilite y potencie al máximo la relación paterno-filial, pues siendo el derecho de visitas un derecho que se reconoce al progenitor que no convive con los hijos menores, es a la vez una obligación de éste para con los hijos, que son quienes más se benefician del mismo ya que el contacto con los dos progenitores favorece el desarrollo personal y social. De ahí que el ejercicio de tal derecho esté regido, como todas las actuaciones que afectan a los menores, por el principio *favor filii* o del interés superior del menor, conforme establece el artículo 2 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que es la pauta que debe presidir todas las decisiones que se adopten en la regulación del derecho de visitas.

Y es evidente que la frecuencia de la relación del hijo con el progenitor no custodio potencia la relación existentes entre uno y otro

y en este sentido considera el Tribunal que en los casos en los que no exista convivencia entre los progenitores, la relación de los hijos menores con los padres debe tender a la igualdad, siempre que no existan circunstancias que lo impidan, pues dicho régimen es en principio el que más conviene a los menores. En esta línea, es oportuno reseñar que las legislaciones de países próximos, como por ejemplo Francia y Bélgica, la custodia compartida a la que es tan reticente nuestra legislación, ha pasado a ser el régimen preferente —Francia artículo 373 Code Civil, en redacción conforme a Ley 2002-35 de 4 de marzo de 2002 y Bélgica artículo 374 Code Civil, en redacción conforme a la Ley 18 de julio de 2006».

En el caso, la oposición de la progenitor custodio a la ampliación del régimen de visitas se sustenta en las tensiones entre los progenitores y en el cambio que supone para los menores la modificación de las visitas.

Pues bien, como se indica en la sentencia antes citada, la enemistad entre los padres no puede perjudicar la frecuencia de la relación de los hijos con el padre pues la amplitud de los contactos supone un beneficio para el menor y es el interés del menor, y no las disputas de los progenitores, lo que debe determinar el contenido del régimen de visitas. Y aquí se añade que a los padres les es exigible un esfuerzo en sus relaciones en beneficio de los hijos menores. Y por otra parte ninguna prueba se ha aportado que apunte que el mero hecho del cambio del régimen de relación de los menores con su padre comporte un perjuicio para éstos.

En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución contra la que se formula.

Dividir las vacaciones de verano en cuatro períodos semanales alternos —como pretende la madre— no se estima una decisión adecuada porque desnaturaliza, sin causa justificada, la esencia de las vacaciones, donde debe procurarse una estancia más prolongada en el tiempo como fomento necesario de las relaciones paterno-filiales, propósito que —con las especiales connotaciones que presenta el supuesto de autos— se logra con el establecimiento de dos períodos alternos de quince días, mediando entre ambos quince días en los que el menor estaría con su madre.

### AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano

Como único motivo de su Recurso, la parte demandada esgrime error en la valoración de la prueba en cuanto al establecimiento del régimen de visitas del hijo menor a favor de su padre durante las vacaciones de verano a partir de los tres años de edad, estimando la indicada parte apelante, en este sentido, que, dada la corta edad del hijo menor y que siempre había convivido con su madre y nunca con el padre, no era adecuado que las referidas vacaciones se dividieran en dos períodos de treinta días sino que, en beneficio del menor, se deberían distribuir en períodos de una semana, de forma que el menor estuviera en compañía del progenitor no custodio durante cuatro períodos de una semana entre los que habría de mediar una semana como mínimo; motivo que —ya puede anticiparse— habrá de ser parcialmente acogido.

Con carácter preliminar, conviene significar y poner de manifiesto los criterios que viene manteniendo este Tribunal respecto de las decisiones relativas a la extensión del régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos a favor del progenitor que no ostenta su guarda y custodia. Y, de esta manera, no debe desconocerse, en primer término, que una situación de desavenencia entre los progenitores incide —sin duda alguna y negativamente— sobre el bienestar de los hijos menores, situación —absolutamente indeseable que, ciertamente, se proyecta sobre el cumplimiento del régimen de visitas, estancias y comunicaciones, siendo aconsejable —en interés de los hijos— que las diferencias personales que pudieran existir entre los progenitores no afectaran a los mismos, para lo cual debe procurarse que las relaciones paterno-filiales se desarrollen, en la medida de

lo posible, con la más absoluta normalidad, lo que redundaría no sólo en el bienestar de los hijos sino también en su formación integral. En segundo lugar, las decisiones sobre el régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos menores deben estar presididas, ante todo, por un factor de capital importancia: el interés, el beneficio y el bienestar de los hijos, que pasa ineludiblemente por el establecimiento de un régimen de visitas razonable y lo más amplio posible, que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, de entre las que predominan, con una importancia capital, la edad del menor y la aptitud del progenitor no custodio respecto del cuidado y atención de los hijos menores, debiendo siempre favorecer y fomentar la relación del progenitor que no ostenta su guarda y custodia con los hijos menores. En tercer lugar, no debe olvidarse que —como es de sobra conocido— en la decisión que haya de adoptarse a este efecto no rige el Principio Dispositivo, de modo que el Órgano Jurisdiccional es soberano para decidir aquel régimen que se considere más adecuado en interés de los hijos menores. Igualmente ha destacado este Tribunal que el Informe Pericial Judicial Psicológico o Psicosocial (que, en el supuesto de autos, no se ha practicado) se configura y perfila, por su rigor técnico, objetividad e imparcialidad, como el soporte probatorio idóneo para dirimir la controversia entre los progenitores sobre el alcance del régimen de visitas, estancias y comunicaciones de los hijos menores con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia, sobre todo cuando existe algún tipo de circunstancia que demanda su limitación o restricción en garantía del bienestar de los menores. Finalmente, debe-

mos señalar que este Tribunal no mantiene —ni ha mantenido— una doctrina consolidada por virtud de la cual hasta una determinada edad los hijos menores no deben pernoctar con el progenitor con el que no convivan, sino que siempre ha evaluado cada caso concreto con la finalidad última de concretar, con las máximas garantías de bienestar, el momento temporal que más beneficie al menor al efecto de acordar la pernocta con el progenitor que no ostenta su guarda y custodia.

Así pues y, en función de las referidas consideraciones preliminares, debe indicarse que, ciertamente, la decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, al fijar el régimen de visitas, estancias y comunicaciones del hijo menor a favor de su padre —quien no ostenta su guarda y custodia—, es, en todo lo fundamental (y sin perjuicio de la puntual modificación que se introducirá en la presente Resolución), correcta cuando —con respecto al establecido a partir de los tres años de edad (es decir, desde el día 16 de marzo de 2011)— reconoce y admite la pernocta del hijo menor con su padre, tanto durante los fines de semana alternos, como en los períodos vacacionales, decisión que se reputa absolutamente correcta en la medida en que no se ha exteriorizado un fundamento admisible que justifique, en términos racionales, la razón por la cual hubiera de excluirse la pernocta a favor del padre durante los fines de semana alternos y en los períodos vacacionales de verano, Navidad y Semana Santa. La Sentencia impugnada, no infringe, pues, ni el artículo 94 del Código Civil, ni la Jurisprudencia que interpreta este precepto, ni menos aun el Principio de *favor filii*, cuando es precisamente el expresado Principio el que aconseja la pernocta del hijo con su padre durante las estancias con el mismo en fines de semana alternos y períodos vacacionales, sobre todo cuando no se advierte la presencia de causas o circunstancias con la suficiente solidez que, en beneficio e interés del menor, demandaran una limitación o restricción de las comunicaciones del hijo con el progenitor que no ostenta su custodia, como tampoco se ha practicado ninguna prueba de índole estrictamente objetiva que revelara que la pernocta del hijo con el padre fuera perjudicial

para el menor, ni tampoco se advierte, en definitiva, la presencia de circunstancias con la necesaria sustantividad que incapacitaran al padre para cuidar y atender al hijo menor con todas las garantías cuando se encuentre en su compañía, incluida la pernocta. No obstante (y es en este único particular en el que procede la modificación del régimen de visitas, estancias y comunicaciones establecido), no debe desconocerse que la Sentencia impugnada arbitra un régimen de visitas, estancias y comunicaciones del hijo a favor del padre con carácter progresivo, lo que determina —a juicio de este Tribunal— el que el período vacacional de mayor estancia (verano) deba modularse manteniendo su extensión (un mes —o treinta días—) pero dividido en dos quincenas alternativas, de modo que, entre ambas, medie otra quincena en la que el menor estará con su madre y, por tanto, se procurará evitar de esta manera que un largo período vacacional estival pudiera ocasionar inicialmente desajustes emocionales para el menor. Dividir esta estancia en cuatro períodos semanales alternos —como pretende la parte apelante— no se estima una decisión adecuada porque desnaturaliza, sin causa justificada, la esencia de las vacaciones de verano, donde debe procurarse una estancia más prolongada en el tiempo como fomento necesario de las relaciones paternofiliales, propósito que —con las especiales connotaciones que presenta el supuesto de autos— se logra con el establecimiento de dos períodos alternos de quince días, mediando entre ambos quince días en los que el menor estaría con su madre.

Conviene indicar, finalmente, que sería sumamente deseable que, una vez transcurrido el primer período vacacional de verano (que se desarrollará en el año 2011), ambos progenitores, de mutuo acuerdo y atendiendo al resultado de la estancia y al interés de su hijo, evalúen si es conveniente su mantenimiento en el futuro desenvolviéndose en dos quincenas alternas o bien fijarlo en un mes sin interrupción; no obstante lo cual y si no pudiera alcanzarse tal acuerdo, siempre asistirá a la parte interesada el derecho de instar ante el Órgano Jurisdiccional la modificación del régimen de visitas si concurre alguna alteración sustancial de las circunstancias que así lo determine.

## VIVIENDA FAMILIAR

Es un hecho indudable que la actora apelante dispone, al margen de la casa que fue el domicilio familiar, de una vivienda en la que puede vivir, habiendo en su día abandonado voluntariamente el domicilio familiar, y por ello no se le concede su uso. Asimismo, no es irrelevante el hecho, admitido por ambas partes, de que la mayor parte del precio de la vivienda fuera pagado con bienes procedentes de la herencia de los padres del demandado.

### AP Castellón, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina**

La parte apelante expresa su discrepancia con respecto a la solución dada a las cuestiones planteadas.

Considera que el uso de la que fue la vivienda familiar tenía que haberle sido atribuido a ella; e impugna también el plazo de dos años (y sin revalorización) fijado para la pensión compensatoria.

Con respecto a lo primero, afirma la apelante que ella es quien ostenta el interés más necesitado de protección.

Indica que la Sra. Otilia es trabajadora fija discontinua en la recogida de la naranja, y que «además cobra cada dos años aproximadamente la prestación por desempleo durante tres o cuatro meses». Dice que en el año 2009 tuvo una media de ingresos de 390 euros mensuales.

En tanto que el demandado cobra una pensión mensual de (prorrateadas las dos pagas extraordinarias) 803,50 euros.

Considera que es «increíble» que en la sentencia recurrida se diga que los ingresos son parejos.

Añade que mientras el demandado dispone de casa y parking propios, ella debe pagar un alquiler de vivienda.

En nuestra opinión, no se puede estimar la solicitud de cambio en la atribución del uso del que fue el domicilio familiar.

En primer lugar, constituye un hecho muy relevante a los efectos de dilucidar esta cuestión, el que fuera la Sra. Otilia quien abandonara por propia iniciativa el que era el domicilio conyugal. Tal y como dice la parte apelada, se trata de un hecho «altamente significativo», ya que de-

nota que disponía de otra vivienda a la que podía trasladarse y podía costearse. De otra parte, no es cierto que tenga que pagar un alquiler. Según reconoció la Sra. Otilia en el interrogatorio a que fue sometida en el acto del juicio, vive en la vivienda de unos familiares, los cuales se la cedan gratuitamente (explicó que nunca ha tenido que pagar cantidad alguna por vivir en dicha vivienda). Y aunque dijo que «tiene que dejar la vivienda» (especificó —en el interrogatorio— que se tiene que ir de la misma a principio de año, puesto que los parientes la necesitan para sus hijos, que ya son mayores), es lo cierto que nada se ha acreditado a este respecto. Por el contrario, habiendo dicho en el acto del juicio (celebrado el 21 de octubre de 2009) que tenía que dejar la vivienda a principios de año, en el escrito de oposición a la impugnación de sentencia (presentado el día 14 de mayo de 2010) seguía admitiendo que sigue residiendo en la vivienda de sus familiares, y se refería a dicha situación en términos muy vagos e imprecisos: «se trata de una circunstancia que no se puede prolongar en el tiempo y, llegado el caso, tarde o temprano, tendrá que buscar en alquiler una vivienda».

Por tanto, es un hecho indudable que la actora apelante dispone, al margen de la casa que fue el domicilio familiar, de una vivienda en la que puede vivir; habiendo en su día abandonado voluntariamente el domicilio familiar.

Asimismo, no es irrelevante el hecho, admitido por ambas partes, de que la mayor parte del precio de la vivienda (salvo 400.000 pesetas aportadas por la actora) fuera pagado con bienes procedentes de la herencia de los padres del demandado.

En segundo lugar, no parecen correctas las cuentas que en el recurso de apelación se hacen sobre los ingresos de la Sra. Otilia. De una parte, como trabajadora fija discontinua viene obteniendo los últimos años unos ingresos anuales en torno a los 3.300 euros aproximadamente (documentos obrantes a los folios 5 y 51). Lo indicado en el documento del folio 51 sobre el año 2009 es evidentemente incompleto, pues el documento es de fecha de 5 de junio de 2009, cuando todavía no habían tenido lugar los meses más importantes en la recogida de la naranja. De otra parte, no han quedado claramente acreditados los ingresos que obtiene por prestaciones por desempleo. En el recurso dice que cada dos años aproximadamente tiene derecho

a la prestación por desempleo cada tres o cuatro meses; en tanto que en el acto del juicio declaró que cada tres años «le dan cuatro meses de paro». Sin embargo, al folio 88 consta la certificación extendida por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, en la que se hace constar que en el año 2009 la Sra. Otilia percibió en concepto de prestaciones por desempleo 4.058,07 euros.

Añadamos que en la demanda inicial se indica que la actora «vive de esporádicos trabajos sin ser fijos», en plural con lo que da a entender que no sólo obtiene ingresos con la ocupación fija discontinua en la recogida de la naranja.

Por todo ello, entendemos que no procede alterar lo resuelto en la primera instancia con respecto al uso de la vivienda.

**Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por la madre del esposo al considerarse la existencia de un comodato que mantiene su vigencia al haberse acordado la custodia compartida.**

#### **AP Murcia, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader**

Doña Lucía plantea demanda de juicio de desahucio por precario contra Doña Purificación, que ocupa un domicilio que había sido de la familia formada por el hijo de la actora y la demandada y que en el procedimiento de divorcio fue atribuido en uso a la demandada y su hijo. La actora es propietaria de la mitad indivisa de dicha vivienda y usufructuaria vitalicia de la restante mitad. La demandada no paga renta o merced y carece de título alguno frente a la actora, por lo que ésta interesa su desalojo.

Las partes son convocadas a juicio y la demandada se opone a la demanda invocando litisconsorcio pasivo necesario (debe demandarse al hijo y al esposo que también ocupan la vivienda), promesa de transmisión de la vivienda a la demandada y contrato de comodato.

Tras la celebración del juicio se dicta sentencia por la que se desestima la demanda y se imponen las costas a la actora porque se aprecia la existencia de un contrato de comodato, ya que la actora acordó con la demandada y el hijo de la primera que, tras el divorcio, ambos cónyuges seguirían ocupando la vivienda alternativamente

en el ejercicio compartido de la custodia del hijo menor mientras estuviera bajo la custodia de los padres. Condena en costas a la actora.

Contra tales pronunciamientos plantea recurso de apelación la demandante, denunciando error en la valoración de las pruebas e infracción de los artículos 1470 y siguientes del C C. Por ello interesa que se revoque la sentencia recurrida y se dicte otra estimando su demanda.

Del recurso se dio traslado a la otra parte, que no realizó alegación alguna.

Sostiene la apelante que el convenio entre los cónyuges en el procedimiento de divorcio no puede afectar a terceros, como la actora, que no fue parte en el mismo, y que no hay base para afirmar, como hace la sentencia, que lo consintió, negándolo el hijo de la actora y resultando irrelevante lo contestado por la actora en su interrogatorio, dada su edad y que se limitó a asentir a lo que se le preguntaba. No hay comodato, pues no se fijó un uso concreto y determinado de la vivienda, cuya utilización se cede a los esposos por razón del matrimonio, que ha cesado con el divorcio, por lo que la demandada está en situación de precario.

La Sala no puede admitir tales alegaciones. Es cierto que desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 2 de octubre de 2008 se ha unificado la doctrina que considera que la ocupación de la vivienda por tolerancia de los padres de uno de los cónyuges no atribuye, en principio, derecho de uso alguno oponible a los propietarios, sino que se ha de considerar precario, sin que la atribución del uso hecho a favor de uno de los cónyuges por un Tribunal en procedimiento de familia tenga trascendencia frente a los propietarios, ajenos a dicho proceso. Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente en otras muchas resoluciones, como las Sentencias de dicho Tribunal de 30 de junio y 29 de octubre de 2009 y de 14 de julio de 2010.

Ahora bien, ello no excluye que, en determinados casos, pueda darse un supuesto de comodato (artículos 1740 y siguientes del CC), en cuyo supuesto sí tiene título el usuario, no pudiendo ser desahuciado mientras esté vigente dicho contrato. Como señala la Sentencia del TS de 30 de junio de 2009, el comodato exige que, aparte del uso genérico de vivienda propio de la cosa, se haya pactado «un uso concreto y determinado». En el mismo sentido, la Sentencia del TS de 13 de abril de 2009 aprecia la existencia de comodato, y no de precario, cuando «la propietaria permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso» por el hijo que era pleno propietario y pasa a ser nudo propietario al enajenar a la madre el usufructo.

El supuesto tiene grandes analogías con el caso ahora examinado (el esposo que intervino en el acuerdo es nudo propietario de la vivienda), y 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.

Conforme a lo expuesto, debe rechazarse el recurso planteado, pues no estamos ante un precario, sino ante un comodato y la demandada tiene un título que justifica su uso.

**En el marco de un proceso de nulidad, separación o divorcio sobre lo único que ha de pronunciarse es en relación a la atribución de uso de la vivienda y ajuar familiar. Cualquier discrepancia entre los litigantes acerca de la atribución de uso de otro inmueble del que disponga el matrimonio deberán solventarlo en la vía declarativa correspondiente o bien acudiendo a la liquidación de gananciales.**

### **AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez**

Insiste el recurrente en solicitar se le adjudique el uso del chalé sito en Salami (Cudillero), así como el de una de las plazas de garaje de Oviedo, al haberse atribuido a la mujer la utilización de la que fuera vivienda familiar y otra plaza de garaje.

Como recoge la juzgadora de instancia en su resolución, en el marco de un proceso de nulidad, separación o divorcio sobre lo único que ha de pronunciarse es en relación a la atribución de uso de la vivienda y ajuar familiar. Así se recoge en el artículo 90 del Código Civil

al regular el contenido del convenio de separación o divorcio, que entre otras cosas deberá recoger la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. En análogos términos el artículo 96 regula los criterios que han de seguirse al hacerse esa atribución, debiendo prevalecer el acuerdo de los litigantes, en su defecto, de existir hijos corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía convivan y en defecto de éstos se podrá atribuir al cónyuge más ne-

cesitado de protección, regulación prevista sólo para la vivienda y objetos de uso ordinario. El mismo criterio se observa en el artículo 91 que invoca el apelante. Cualquier discrepancia entre los litigantes acerca de la atribución de uso de otro inmueble del que disponga el matrimonio deberán solventarlo en la vía declarativa correspondiente o bien acudiendo a la liquidación de gananciales, procediendo el rechazo de este motivo del recurso.

**La convivencia en el domicilio familiar de la pareja sentimental de la madre no conlleva *per se* la extinción del derecho de uso del domicilio a la madre e hija menor.**

#### **AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 5 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María de los Reyes Castresana García**

Tampoco procede acordar la extinción del uso del domicilio familiar que pretende el apelante en esta alzada mediante la revocación de la sentencia recurrida, alegando que no se ha analizado la variación de las circunstancias en cuanto que en la sentencia de divorcio el uso se concedió a la unidad familiar conformada por la esposa y las hijas y en la actualidad se ha desvirtuado por la constitución de una nueva unidad familiar al entrar el compañero sentimental.

La convivencia en el domicilio familiar de la pareja sentimental de la madre *per se* no conlleva la extinción del derecho de uso del domicilio a la madre e hija menor Irantzu, de 6 años de edad, como así se pactó en la cláusula tercera del convenio regulador aprobado judicialmente, en base al alcance y a la protección jurídica que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, por mor del artículo 96.1.º del Código Civil. Habiendo hijos menores de edad, cuya guarda y custodia se confíe al mismo progenitor, la atribución del uso de la vivienda familiar se establece directamente por la ley a favor de aquéllos, y de manera refleja o derivada (*per relationem*), y en cuanto progenitor custodio, al cónyuge en cuya compañía queden dichos hijos. Esta disposición es de aplicación obligatoria (salvo excepcionales circunstancias) cuando existan en el matrimonio hijos menores de edad, siendo una concreción más del principio *favor*

*fili*, o, mejor aún, del principio *favor minoris*, entroncando a un mismo tiempo con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Constitución.

Pues bien, la permanencia en la vivienda familiar en los términos que denuncia el apelante, de utilización de la misma por un tercero o pareja sentimental de la madre, es jurídicamente inatendible, porque la atribución el uso de la vivienda se basa en el interés de los menores, y no en el comportamiento de la madre que ostenta la guarda, que se atiende, en el ejercicio del derecho de uso conferido, a la finalidad que le es propia, a la sujeción de esta vivienda a la finalidad de servir de morada a la hija común de los litigantes, todavía menor de edad.

Aun cuando admitiésemos que el criterio legal de atribución del uso de la vivienda familiar del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil no es vinculante en todos los casos y que admite un cierto arbitrio judicial, situándonos, entonces, en la perspectiva de la posibilidad de modificar las medidas acordadas, por haberse producido una alteración sustancial de las circunstancias concurrentes cuando se dictó, y que se concreta en la convivencia en el domicilio conyugal de una tercera persona, tampoco estimaríamos justificada la extinción del derecho de uso atribuido en aquélla, pues la actora ni tiene otra vivienda a su disposición que no sea la familiar y a la que pudiera acceder por derecho propio, ni tiene más derecho a los ingresos que, por todos los conceptos, pueda percibir su

compañero sentimental que el que se deriva, a falta de pacto que no consta, de lo establecido en el artículo 6 de la Ley Foral 2/2003, de 7 de

mayo, que es la contribución al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal.

**La atribución del uso de la vivienda por períodos alternativos a ambos cónyuges tiene una vocación de permanencia y ello va en contra de lo establecido en el artículo 96.3 del CC.**

### AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover Coy**

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cieza dictó sentencia en el procedimiento de Divorcio núm. 383/09, declarando disuelto el matrimonio celebrado el 7 de julio de 2001 por Don Paulino y Doña Verónica, y acordando, entre otras medidas, la atribución al Sr. Paulino del uso y disfrute de la vivienda familiar y la disolución de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

Contra esta sentencia interpone recurso de apelación Doña Verónica, solicitando que se revoque el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, y en su lugar se establezca una atribución de uso alternativo a favor de los litigantes, por períodos anuales, «hasta que se lleve a cabo la liquidación de la vivienda familiar» (sic).

Ocurre sin embargo que la vivienda situada en Abarán, ... núm. ..., no figura inscrita en el Registro de la Propiedad como bien perteneciente a la sociedad de gananciales de los litigantes. Además Don Paulino y Doña Verónica no tienen hijos, por lo que resulta improcedente la atribución alternativa de la vivienda familiar por períodos anuales, como pretende la apelante, al estar dicha pretensión en discordancia con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil, que se refiere a un tiempo prudencial.

Por otra parte, la Sra. Verónica no tiene en la referida vivienda su taller de trabajo, ni útiles para desempeñar el mismo, de ahí que lo procedente sería, en la liquidación de gananciales, reclamar los créditos de los que se considere titular exclusiva la Sra. Verónica.

Además, como se decía en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada, no se acreditó que el interés de Doña Verónica fuera el más necesitado de protección, lo cual se corrobora a la vista de la edad de los litigantes, su profesión y la trayectoria laboral de cada uno.

El establecimiento de un régimen de uso alternativo de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal tiene una clara vocación de permanencia en el tiempo; sin embargo, en el presente caso, la inexistencia de hijos debe llevar consigo la inmediata liquidación de la sociedad de gananciales, en lugar de investigaciones sobre la situación urbanística de la vivienda construida en terrenos pertenecientes a Doña Macarena o sobre los movimientos de las cuentas bancarias del padre de Doña Verónica, que se consideran improcedentes e innecesarias para resolver acerca de la atribución temporal, breve y limitada del uso de la que fue vivienda conyugal.

**Se declara extinguido el uso de la vivienda familiar en un procedimiento ordinario seguido a instancias de la entidad bancaria que se adjudicó el inmueble en un proceso de ejecución hipotecaria.**

### AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio**

En la demanda rectora de la presente litis, la actora, Unicaja, promovía una acción tendente a

que se declarase extinguido el derecho de uso de la vivienda sita en Antequera, C/ ..., n.º ..., cuyo

uso y disfrute viene a tribuido al menor hijo de la demandada y a la propia demandada en cuanto que progenitora guardadora del menor, en virtud de Sentencia recaída en procedimiento seguido para la adopción de medidas a favor de hijos no matrimoniales. Alegaba la actora que la vivienda en cuestión consta inscrita como privativa de Don Amador, con el cual la hoy demandada mantuvo una relación de convivencia análoga a la matrimonial, fruto de la cual nació su hijo menor de edad, y que sobre dicha vivienda, en 7 de mayo de 1999, por medio de escritura pública, Unicaja concedió a Don Amador un préstamo con garantía hipotecaria, y que como consecuencia del impago de las correspondientes amortizaciones Unicaja promovió el correspondiente procedimiento de Ejecución Hipotecaria frente al deudor, que se siguió en el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Antequera bajo el número 495/06, en cuyo procedimiento se procedió a la venta del inmueble en pública subasta, que finalmente se adjudicó Unicaja al no concurrir licitadores, y que en el seno de dicho procedimiento se siguió el incidente que previene el artículo 861 LEC, frente a la hoy demandada, que fue resuelto por Auto de 18 de junio de 2007, que vino a declarar que Doña Encarnación, ocupante del inmueble objeto de subasta, tenía derecho a permanecer en el mismo una vez enajenado, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para el desalojo, y ello debido a que por Sentencia de 13 de septiembre de 2006, en proceso de familia, se atribuyó el uso de la referida vivienda al menor hijo nacido de las relaciones convivenciales mantenidas por Doña Encarnación y Don Amador, y a la madre en cuanto que guardadora del menor. La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que tiene atribuido el derecho de uso de la vivienda por Sentencia judicial y que concurre la excepción de cosa juzgada. El procedimiento terminó por Sentencia de fecha 20 de mayo de 2009, en cuya virtud es estimada íntegramente la demanda, alzándose en apelación la demandada frente a dicha resolución.

La parte apelante reproduce en esta alzada idénticas argumentaciones a las que ya expusiera en el escrito de contestación a la demanda, que en nada desvirtúan los acertados razonamientos expuestos por el juzgador *a quo* en la

Sentencia apelada, que esta Sala acoge en su integridad dándolos aquí por reproducidos al objeto de evitar repeticiones innecesarias. Consta acreditado en los autos que la entidad actora, Unicaja, adquirió la vivienda sita en C/ ..., n.º ..., de Antequera, en virtud de Auto de adjudicación de fecha 3 de enero de 2008, dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria núm. 495/06 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Antequera (documento 3 de la demanda), finca que fue gravada con hipoteca a favor de Unicaja por medio de escritura pública otorgada con Don Amador en 7 de mayo de 1999, dándose la circunstancia que, con posterioridad y por medio de Sentencia dictada en 13 de septiembre de 2006, confirmada por la otra de la Audiencia Provincial de Málaga de 2 de mayo de 2007, se atribuyó a Doña Encarnación, con la que el deudor hipotecario había mantenido una relación de convivencia análoga a la marital, y al menor hijo de ambos el uso y disfrute de la referida vivienda, que había constituido el domicilio familiar. En este sentido, es de recordar, no sólo las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales expuestas por el juzgador *a quo*, sino, además, que el derecho de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante, en el caso de autos el que fue compañero sentimental de la hoy demandada, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación. La hipoteca no es pues un contrato, pese a su regulación sistemática en el Código Civil, sino un derecho real de garantía que se constituye por la voluntad del dueño de la finca, requiriendo para su eficacia como derecho real la aceptación del acreedor, siendo garantía de un derecho de crédito. La cancelación de la hipoteca que garantiza el crédito del titular del derecho de hipoteca es un trámite del procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC, como consecuencia de cumplir la hipoteca su función de derecho real de realización del valor, quedando así agotado el derecho real de garantía y consumada la acción hipotecaria, que arrastra en su ejecución, al dictarse el auto de adjudicación, la cancelación, con eficacia *erga omnes*, de todas las inscripciones, anotaciones y cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca, cancelación que, en el caso de autos, obviamente, no es que

opere a nivel registral, sino a nivel sustantivo, conforme al artículo 1876 del Código Civil, que define la sujeción que ejerce la hipoteca sobre los bienes hipotecados, y cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Ello a la vista, así como los razonamientos del juzgador *a quo*, permiten concluir que si bien el derecho de uso sobre la vivienda familiar conferido, en el caso de autos, a los demandados, en un procedimiento de menores, ha de subsistir en general, pese a la ejecución hipotecaria, habida cuenta de los intereses que tutela, siendo oponible frente al adjudicatario, para que esa subsistencia y oponibilidad procedan, como claramente expone el Tribunal Constitucional en el Auto de 4 de abril de 1995, es preciso que haya nacido antes de la constitución e inscripción de la carga hipotecaria, en la medida en que el adjudicatario trae causa de ese momento. En el supuesto que nos ocupa, resulta acreditado que la hipoteca objeto de ejecución fue constituida e inscrita en el Registro de la Propiedad antes de que naciera el derecho de uso de la finca hipotecada a favor de la demandada por Sentencia judicial, por lo que ha de concluirse, como ya con acierto afirma el juzgador *a quo*, que no resulta oponible, en absoluto, el derecho de uso que esgrime la demandada frente a la pretensión de la Entidad actora, que trae causa, en cuanto que adjudicataria de la finca, de la inscripción de la hipoteca, resultando por lo demás plenamente extrapolables los razonamientos del juzgador *a quo*. Las Sentencias que cita la recurrente del Tribunal Supremo no resultan de aplicación al supuesto enjuiciado, por cuanto que las mismas fueron dictadas en resolución de cuestiones litigiosas que nada tienen que ver con la que es objeto de la presente litis, habida cuenta que aquéllas iban referidas a liquidaciones de bienes gananciales y, concretamente, a la posible liquidación de la vivienda familiar ganancial, cuando su uso está atribuido a uno de los esposos propietarios en proindiviso. Por otro lado, tampoco es aplicable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el sentido por la recurrente pretendido, precisamente porque dicha resolución, que ha sido analizada por esta Sala, resuelve en el mismo sentido en que el juzgador *a quo* ha fallado la controversia planteada en la presente litis. Por

último, cabe reseñar que de mantenerse la postura pretendida por la recurrente se consagraría de hecho una minusvaloración de la garantía real del acreedor hipotecario, ajeno por completo a la relación de convivencia análoga a la marital mantenida entre el deudor hipotecario y su pareja, que no encuentra amparo alguno en nuestro ordenamiento jurídico, y a los adjudicatarios del bien, extraños, igualmente, a la relación de pareja, la subvención de necesidades familiares, que por más dignas que sean de protección, no les corresponde soportar, por ello, y por muy importante que sea la tutela de los intereses familiares a proteger en procesos de familia o de menores, lo que no puede desconocerse son los principios que inspiran el derecho registral español. En definitiva, tratándose el supuesto enjuiciado de un derecho real de hipoteca, constituido e inscrito en el Registro con mucha anterioridad a que se concediese a la demandada, por Sentencia judicial, el derecho de uso de la vivienda hipotecada, derecho de uso que, además, no ha tenido acceso al Registro, deviene imposible dirimir la controversia en el sentido pretendido por la demandada hoy recurrente.

Afirma la recurrente que la Sentencia apelada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, pues ha desconocido el valor de la cosa juzgada material, que a su entender concurre en la presente litis, en relación con la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Antequera, en los autos de Juicio Verbal núm. 28/06, en 13 de septiembre de 2006, sobre relaciones paterno-filiales en uniones de hecho, y la dictada por la AP de Málaga en 2 de mayo de 2007, que resolvía el recurso de apelación contra la anterior, confirmándola; el auto de 7 de marzo de 2007, dictado en los autos de Ejecución Hipotecaria núm. 495/06, y el de fecha 18 de junio de 2007, dictado en los mismos autos, en el que se declara que la ejecutante del inmueble objeto de subasta, Encarnación, tiene derecho a permanecer en el mismo una vez que haya sido enajenado. Pues bien, como ya esta Sala ha tenido ocasión de expresar en numerosas resoluciones, es reiterada la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de cosa juzgada, que, en su sentido formal, es el efecto de la Sentencia que ha ganado firmeza y, en el material, es el estado jurídico de una

cuestión sobre la que ha recaído sentencia firme (con autoridad de cosa juzgada formal), que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. Esta eficacia es negativa o excluyente, cuando se repite la misma cuestión y en el segundo proceso no se entra en el fondo por acogerse la cosa juzgada como excepción y la eficacia es positiva o prejudicial cuando dicha cuestión no es el objeto único del segundo proceso, en cuyo caso la Sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida y en ningún caso contradecir lo resuelto en el anterior procedimiento (STS de 18 de noviembre de 1997). La vigente LEC contempla el efecto negativo de la cosa juzgada material, que es el planteado en estos autos, en el artículo 222, y tiene como fundamento la necesidad de evitar la duplicidad de pleitos, y la posibilidad del dictado de Sentencias contradictorias, con el consiguiente quebranto del instituto de la cosa juzgada y el desprestigio de los tribunales de justicia. La procedencia de la excepción alegada requiere que entre ambos pleitos exista la más perfecta identidad objetiva y subjetiva, es decir entre las cosas, las causas (entendiendo por tal el fundamento o razón de pedir), las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Aplicando estas consideraciones al caso de autos puede ya rechazarse el motivo de apelación, habida cuenta que no concurren las identidades exigidas, pues es evidente que Unicaja ni fue parte, ni pudo serlo en los procesos seguidos entre el deudor hipotecario y la que fue su pareja, hoy demandada, para la adopción de medidas a favor del menor nacido de sus relaciones de convivencia, ni la causa de pedir en aquel procedimiento era la misma que en el que nos ocupa. En cuanto al juicio verbal de desahucio por precario seguido a instancia de Don Amador frente a Doña Encarnación y Doña Aurelia, hijas al parecer de la hoy demandada, tampoco concurre, claramente, la identidad subjetiva, ni la referida a la causa de pedir; y por lo que respecta a los autos, el auto de 7 de marzo de 2007, que esta Sala no tiene a su disposición, aun cuando de los antecedentes obrantes en esta litis se desprende que daba respuesta a algún escrito formulado, bien por Unicaja, bien por la hoy demandada, que intervenía en la ejecución en su condición de tercera poseedora, lo que por la propia naturaleza de dicha resolución excluye

el efecto de cosa juzgada material de la misma, que no de cosa juzgada formal, y el auto de fecha 18 de junio de 2007, recaído en los autos de Ejecución Hipotecaria núm. 495/06, que resolvía el incidente suscitado por la Entidad ejecutante al amparo de los artículos 661.2 y 675.3 y 4 de la LEC, denegando el lanzamiento de Doña Encarnación, es decir, el incidente que sobre el estado posesorio de la finca hipotecada regula la LEC, resolución esta que, tanto por su propia naturaleza, como por disposición legal (artículo 675.4 LEC), carece del efecto de cosa juzgada material, como se desprende de la expresión que emplea el legislador «... dejará a salvo ... los derechos de los interesados, que podrán ejercitarse en el juicio que corresponda», expresión, esta, legal que, además, aparece convenientemente reflejada en el Auto objeto de examen, que, si bien mantiene el derecho de Doña Encarnación a permanecer en el inmueble, deja a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para el desalojo de aquéllos. Por ello, obviamente, no hay vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE, que ampara, no podemos olvidar, a todas las partes en litigio y no sólo a una.

Las alegaciones relativas a la ausencia del requisito de la buena fe decaen desde el mismo momento en que nos encontramos ante una situación en la que, al tiempo de constituirse la hipoteca sobre la vivienda ocupada por Doña Encarnación, no tenía ésta concedida el derecho de uso de la misma y el hoy actor se adjudicó la misma, ante el impago del crédito garantizado con hipoteca a través del procedimiento legalmente previsto, en el que se han observado los trámites procesales de rigor, pues no otra cosa se acredita, finalizando con la adjudicación de la finca a la hoy actora, a la sazón ejecutante, como no podía ser de otra forma al no haber acudido postores a la subasta, siendo la circunstancia de haber tenido conocimiento la Entidad Unicaja, en el seno del procedimiento en cuestión, del derecho de uso concedido a la recurrente, prueba evidente de buena fe de Unicaja, que no ha seguido sino los procedimientos legales que le brinda la Ley en defensa de sus derechos, siendo una persona absolutamente ajena a la crisis de pareja que pudiera existir entre la hoy recurrente y el que fuera deudor hipotecario.

## PENSIÓN ALIMENTICIA

No pueden considerarse gastos extraordinarios el coste de las clases extraescolares de inglés ni el material didáctico correspondiente, pues se constata que en la fecha de la sentencia de divorcio el hijo ya asistía a clase de inglés y, por tanto, el coste de tal actividad así como el del material necesario deben entenderse incluidos en la pensión de alimentos.

### AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 29 de octubre de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Belén Iracheta Undagoitia

Frente al Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia, que estima parcialmente la pretensión formulada por Doña Fidela contra Don Julio en sede de ejecución y fija en setenta (70) euros el importe del crédito de la ejecutante frente al ejecutado en concepto de contribución a los gastos extraordinarios de los menores Eder y Naia, se alza la ejecutante que discrepa de la resolución de instancia en el particular referente a la desestimación de la reclamación del cincuenta por ciento del precio de las clases de inglés que reciben los menores como actividad extraescolar y del material didáctico adquirido para dichas clases.

Dados los términos del recurso, se considera conveniente precisar que se entiende por «gastos extraordinarios» aquellos gastos que resulten impredecibles, imprevisibles y no periódicos y que se contraponen a los estrictamente alimenticios cubiertos por el importe de la pensión de alimentos. La ST de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección...) de fecha 8 de abril de 2010 considera que son gastos extraordinarios «aquellos que no tienen periodicidad prefijada en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo de estar vinculados a necesidades que han de cubrirse, económicamente, de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista» y sigue «De similar forma se expresa la Sentencia de 22 de julio de 2002, cuando indica que es gasto extraordinario el que “tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la vida del menor, en

el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica y clínica, o por razón de la necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica, y sin perjuicio de valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución, de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, se resolverá la cuestión, en el supuesto en el que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando entonces la intervención judicial”. En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Navarra de 22 de abril de 2002. La sentencia de la AP de Tenerife de 22 de mayo de 2002, indica que son los que ostentan las notas “de no poderse prever como futuros normales”. Por su parte, la Sentencia de 14 de octubre de 2001, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, reputa como tales “los distintos de los ordinarios, habituales y previsibles, no comprendidos, por tanto, en la pensión fijada para alimentos”».

En aplicación del criterio expuesto no pueden considerarse gastos extraordinarios el coste de las clases extraescolares de inglés ni el material didáctico correspondiente pues en la documental que figura en autos queda de manifiesto que en la fecha de la sentencia de divorcio —octubre de 2008— el hijo Eder ya asistía a clase de inglés y, por tanto, el coste de tal actividad así como el del material necesario para la misma debe entenderse incluido en la pensión de alimentos de los hijos del matrimonio. De otra parte, la ejecutante no realizó actuación alguna al efecto de recabar la conformidad del ejecutado con la asistencia de la hija a clases complementarias de inglés y en este sentido se señala que si bien la Sra. Fidela en cuanto ejerciente de forma exclusiva (temporal) de la patria potestad sobre los menores puede adoptar las decisiones

que considere convenientes sobre la educación de los menores sin consultar a Don Julio sin posibilidad de oposición por parte de éste, no

puede exigirle que contribuya a los gastos generados por actuaciones no necesarias a los que no hubiera prestado su conformidad.

**Con independencia de los ingresos que acredita, la realidad es que mantiene el mismo cargo dentro de la empresa, es decir, la posición jerárquica del empleado no ha variado y por lo tanto sigue ostentando la misma de Jefe de Departamento, por lo que, y no dice lo contrario la empresa, no tiene que haber una disminución de ingresos, sin que se aporte en concreto las nóminas que pudieran demostrar que, por las retenciones en Bélgica, los ingresos fueron inferiores a los que se percibían cuando se firmó el convenio regulador.**

### AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de octubre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

Concreta la parte apelante su recurso a la pensión compensatoria, y a la atribución del uso de la vivienda; en la demanda de divorcio, se pide que se modifiquen determinadas medidas que se acordaron en la sentencia de separación en la que se aprobó el convenio regulador de fecha 20 de noviembre de 2001; la sentencia analiza la prueba practicada y considera que no procede la modificación de la pensión compensatoria pues no se acredita la causa que exige el artículo 100 del CC que es la alteración sustancial de las circunstancias, extremo que debe demostrar quien ejercita la acción de modificación de las medidas y efectivamente esa decisión debe ser confirmada, pues no sólo se tiene que producir una modificación de las circunstancias, sino que tiene que ser sustancial, lo que supone de una gran trascendencia, en contraposición a pequeñas modificaciones o alteración, y así cuando el motivo de solicitar la modificación es la variación de los ingresos del obligado al pago, esta variación, tiene que tener esa cualidad de ser de entidad suficiente no que en el sentido vulgar o usual, puede entenderse de gran importancia, debe haberse producido una muy importante disminución de los ingresos, que es lo que no se produce en la economía del apelante, ya que con independencia de los concretos ingresos, hay una realidad que es que se le mantiene en el mismo cargo dentro de la empresa (folio 296) «la posición jerárquica del empleado, no ha variado y por lo tanto sigue ostentando la misma de Jefe de Departamento», por lo que y nada dice lo contrario la empresa, no tiene que ha-

ber una disminución de ingresos, pues lo que se produce dentro de aquélla es una situación de ubicación, sin que se aporte en concreto las nóminas que pudieran demostrar que por las retenciones en Bélgica, los ingresos fueron inferiores, a los que se percibían cuando se firmó el convenio regulador, y teniendo también presente el estatuto especial de directivo extranjero en Bélgica; estamos ante una valoración ponderada y razonable de la prueba sobre esta cuestión y la conclusión es también lógica, pues no se acredita la disminución de los ingresos, y menos que ésta tenga una entidad como la que se exige para modificar lo que las partes aceptaron en un convenio regulador respecto a la pensión compensatoria, sin que se previera su modificación por un traslado a otro país, y sin que tampoco se previera otras situaciones sobre su extinción, ya que en la estipulación sexta se fijó la suma, sin limitación temporal, es más en el convenio se recogió que la extinción del derecho a percibir alimentos por cualquiera de los hijos, supondrá un incremento automático de un 10% de la pensión compensatoria, prueba de que era voluntad de las partes que esa pensión se mantuviera en el tiempo incluso que se aumentara; por ello y en atención a lo querido por las partes exteriorizado en el convenio, la pensión compensatoria en él establecida sólo podrá modificarse si se produjera una modificación sustancial, o extinguirse si se produjera alguna de las causas del artículo 101 del CC no pudiendo considerarse una modificación sustancial, lo percibido por la herencia.

Deben excluirse los gastos para la obtención del carné de conducir, pues a pesar de su carácter necesario para cualquier persona, no ha justificado la madre que sea precisa su obtención para la formación o adquisición de empleo por parte de la hija.

#### AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Auto de 25 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María de los Reyes Castresana García**

El gasto extraordinario como es sabido consiste en aquellos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil e imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden seguir o no, habiendo de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista. En definitiva, los gastos extraordinarios comprenden aquellas sumas destinadas a atender las necesidades de los menores que por su carácter imprevisto no pueden ser satisfechos con el importe ordinario de la pensión de alimentos (SSAP de Madrid, Sección 22, de 18 de octubre de 2007 y AP de Sevilla, Sección 2.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2008, entre otras muchas). Los gastos extraordinarios son aquellos no previstos, que por su cuantía e imprevisibilidad, no pueden ser atendidos con el importe de la pensión mensual fijada al amparo del artículo 142 del Código Civil, establecida para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción de los hijos; el pago de estas cantidades puede ser impuesto por el Juzgado a las partes

cuando no exista acuerdo entre ellas acerca de su necesidad y procedencia.

En el supuesto presente, se pretende la consideración como gastos extraordinarios de algunos pagos que no pueden tener la consideración de tales, como los cursos de verano de euskera y de inglés de Natalia, porque no se explica su necesidad y el motivo por el que se ha tardado tanto en reclamarlos al referirse a actividades extraescolares de verano de los años 2004, 2005 y 2006; siendo que respecto de las clases particulares en la Academia Landeta, recibidas entre mayo de 2007 a octubre de 2008, tampoco se ha demostrado en qué han consistido estas clases particulares y qué incidencia tienen en la formación académica de Natalia, por lo que está carente de justificación el requisito de ineludible o necesidad de su devengo.

También deben de excluirse los gastos para la obtención del carné de conducir, pues a pesar de su carácter necesario para cualquier persona, no ha justificado la actora que sea precisa su obtención para la formación o adquisición de empleo de la hija; y además por su carácter previsible o incluso aplazable para un momento posterior, tampoco merece la consideración en el supuesto examinado de gasto extraordinario.

Estamos ante un supuesto en el que procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia ya que si bien, vista la vida laboral del padre, siempre ha tenido contratos temporales e inestables, alternando con prestaciones de desempleo, a partir del año 2008 se constata una importante disminución de las contrataciones laborales.

#### AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 15 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María de los Reyes Castresana García**

La sentencia de primera instancia desestima la demanda de modificación de medidas en relación a la cuantía de la pensión de alimentos en la

cantidad de 300 euros mensuales, hoy 312 euros actualizada, a favor de las dos hijas del matrimonio Nuria y Joane, nacidas 14 de octubre de 2002

y el 15 de diciembre de 2004, en el sentido de mantener las adoptadas en la sentencia de divorcio de 11 de febrero de 2008, rechazando la pretensión del demandante Don Emiliano de que se acuerde la extinción de la obligación de entregar cantidad fija en tanto no perciba cantidad alguna, y la fijación de un porcentaje de sus ingresos que se estime pertinente. Considera el Juez de instancia que no consta acreditada la situación económica del demandante cuando se acordó el convenio regulador de 20 de diciembre de 2007, y que si bien el Sr. Emiliano ha tenido trabajo en noviembre y diciembre de 2009, con derecho de percibir desempleo hasta el 28 de abril de 2010, sin embargo, es una persona joven con cualificación técnico-profesional, y su vida laboral revela precisamente la precariedad e inseguridad laboral que ha tenido, llevando empleos inestables en varias y diversas empresas y durante períodos de tiempo escasos, sin que se pueda dar por demostrada una variación de las circunstancias tan sustancial como para motivar una modificación de la cuantía de la pensión de alimentos.

Contra la anterior sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por Don Emiliano interesando su revocación en el sentido interesado en su demanda, (cese de la obligación de abonar una cantidad fija en concepto de pensión alimenticia a favor de las hijas, y su sustitución por un porcentaje de sus ingresos que se estime pertinente y razonable), alegando una errónea valoración de la prueba practicada en autos, puesto que el apelante Sr. Emiliano durante el año 2009 no ha trabajado, sin que percibiese ingreso alguno por trabajo personal ni subsidio por desempleo o ayudas sociales, salvo durante los meses de noviembre y diciembre, que le ha generado el derecho a percibir el subsidio de desempleo hasta abril de 2010.

Debe acogerse parcialmente el motivo de apelación vertido por el Sr. Emiliano para revocar la sentencia de instancia, en el sentido de fijar la cuantía de la pensión alimenticia en la cantidad de 250 euros, es decir, 125 euros para cada hija, que cubra el llamado «mínimo vital» o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia de las menores en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al

que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos en su condición de tales, y atendiendo a que este Tribunal aprecia una modificación sustancial, permanente y sobrevenida y no voluntaria de las circunstancias concurrentes que se tuvieron en cuenta para su fijación en el convenio regulador aprobado judicialmente.

Efectivamente, reexaminando el material probatorio desarrollado en estas actuaciones, a diferencia de lo sostenido por el Juez *a quo*, este Tribunal estima acreditada que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias económicas del progenitor no custodio (artículo 93 y su remisión al 146 del Código Civil) desde la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia, en virtud de lo establecido in fine en el artículo 91 del Código Civil.

Aun cuando no han resultado probados los ingresos económicos del Sr. Emiliano al tiempo de acordar la cuantía de la pensión de alimentos en el convenio regulador aprobado judicialmente y los ingresos actuales que percibe, del historial laboral del Sr. Emiliano consta que durante el año 2007 estuvo trabajando 233 días, 173 días en el año 2006, y 351 en el año 2005, mientras que de dicha certificación consta que el trabajo durante el año 2008 descendió a 122 días trabajados y en el año 2009 consta que ha trabajado 8 días de octubre y los meses de noviembre y diciembre,; así como que se le ha reconocido el derecho a percibir el subsidio de desempleo hasta el 28 de abril de 2010. Por lo tanto se considera acreditado, según la hoja de vida laboral, que si bien siempre ha tenido contratos temporales e inestables de trabajo, alternando con prestaciones de desempleo, se ha producido a partir del año 2008 y acentuado en el año 2009 una considerable disminución de las contrataciones laborales del apelante Sr. Emiliano, que lógicamente tiene su repercusión en sus ingresos económicos.

En consecuencia, se estima prudente y justo disminuir la cuantía de la pensión alimenticia a favor de las dos hijas comunes Nuria y Joane a la cantidad de 250 euros mensuales, 125 euros para cada una de ellas. La fijación de pensión de alimentos con cargo al progenitor no custodio se impone como obligación genérica establecida en el artículo 110 del Código Civil, que no puede dejarse en suspenso o vacía de contenido. La

decisión sobre la pensión de alimentos que debe satisfacer el cónyuge no custodio a los hijos menores de edad puede y debe adoptarse, aun de

oficio, al margen de las peticiones de las partes y, en lo que incide, al menos en lo vinculado al concepto jurídico de «mínimo vital».

**Teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se ha atribuido a la madre, no procede fijar pensión alimenticia para el hijo debiendo asumir cada progenitor los gastos del hijo durante la quincena que permanezca con cada uno de ellos al haberse acordado la custodia compartida.**

### **AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2010**

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares**

Por último, en cuanto a la pensión alimenticia a favor del hijo y con cargo del padre, en el recurso se sostiene la procedencia de fijarla en la ya apuntada cantidad de 200 euros mensuales en base a que, según se aduce, «existe un evidente desequilibrio económico» entre los cónyuges, se entiende. Es decir, parece que con la pensión alimenticia que se postula para el hijo se persiga lo que es propio de una pensión compensatoria, cuando, además, sobre ambos progenitores recae la obligación de contribuir a satisfacer los alimentos de su hijo (artículo 143, párrafo primero, número 2.º, del Código Civil) y que para cuantificar su contribución debe atenderse a los criterios consagrados en el artículo 146 del citado Código, esto es, el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Y en este caso, en el

que además es a la Sra. Adelaida a la que se le atribuye el uso y disfrute de la vivienda conyugal y en el que ambos progenitores han de abonar la mitad del préstamo hipotecario que la grava y la mitad de los gastos extraordinarios que genere el hijo menor (bien entendido que entre ellos han de incluirse necesariamente los gastos escolares y material escolar), el sistema de custodia compartida establecido por la resolución apelada implica que cada progenitor se haga cargo de la manutención del hijo cuando lo tenga consigo; por lo que están cubiertos el cuidado, alimento y atención del mismo; de ahí que se entienda que la Juez concluya que «No procede establecer ninguna cuantía en concepto de pensión de alimentos a cargo de ningún progenitor atendiendo a la custodia compartida acordada respecto del hijo».

**Tienen carácter extraordinario los gastos de mobiliario para la habitación de la menor.**

### **AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 11 de octubre de 2010**

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós**

El auto de instancia estima en parte la oposición del Sr. Cosme y manda seguir adelante la ejecución por importe de 620,75 euros —292,25 euros, 50% del total de las actividades a que se refieren los documentos 9 al 17 de la demanda, exceptuados comedor y seguro, más 428,50 euros, 50% del precio del dormitorio adquirido en diciembre 2008—, pronunciamiento frente al que se alza el ejecutado, que, reiterando las razones de su escrito de oposición, dice que los gastos de decoración y muebles de la habi-

tación de la hija no pueden considerarse como extraordinarios, pues ni medió por su parte consentimiento en la realización del gasto ni existe título ejecutivo para proceder a su reclamación, y que el material escolar, el teatro «Arbolé», el aula de la naturaleza y la granja torre son gastos periódicos, ordinarios y previsibles, diseñados dentro de la propia actividad ordinaria del centro escolar.

Como gastos extraordinarios suelen tenerse, aparte aquellos que responden a situaciones

de urgente necesidad —operaciones quirúrgicas, largas enfermedades y análogos— y los generados por necesidades médicas o farmacéuticas no cubiertas por la red sanitaria pública o por seguros paternos, los que por su inhabitualidad y cuantía exceden del ámbito ordinario de los gastos y del ejercicio de la patria potestad y, por tanto, deben ser decididos por ambos cónyuges o, en su defecto, autorizados por el Juez.

El importe de la pensión por alimentos y las circunstancias de cada caso pueden no obstante difuminar los límites de lo ordinario y lo extraordinario, sentido en el que esta Sala tiene declarado que «la determinación y exigencia de los gastos extraordinarios viene conformada por su periodicidad, etiología y cuantía, debiendo referirse a gastos realizados en favor de los hijos, y poniéndolos en relación con la pensión alimenticia estipulada en su favor, con independencia de la necesidad de acuerdo entre los cónyuges» (auto de 27 de noviembre de 2007). Y es que en la etapa escolar y formativa en que se encuentra Candela —nació el 2 de noviembre de 2205—, con las necesidades que en ella se generan, son muy variadas las circunstancias que pueden presentarse y en las que será aconsejable, ineludible o incluso necesaria su participación en actividades en las que no es dable que sea el cónyuge custodio, primer receptor de sus necesidades y peticiones, quien sin contribución ninguna de la otra parte se haga cargo exclusivamente de ellas, de modo que, si redundan en su formación, a falta de consenso entre ambos progenitores, su pago deberá de hacerse conforme a lo que decida el Juez, que en ese trance tendrá en cuenta todas las circunstancias concurrentes, la conveniencia de su realización y las posibilidades eco-

nómicas de aquéllos —en el caso dentista él y visitadora médica ella—.

En el convenio regulador que las partes firmaron el 19 de julio de 2007, aprobado por Sentencia de 16 de octubre de 2007, se pactó a favor de la hija una pensión de 300 euros mensuales, más gastos extraordinarios al 50%, y en autos de modificación de medidas núm. 432/09 se elevó la pensión a 350 euros, quedando intocada la estipulación relativa a los gastos extraordinarios, entre los que en el citado convenio se incluían, sin animo exhaustivo, «material escolar, gastos sanitarios y odontológicos, actividades extraescolares y colonias de verano, acontecimientos especiales relacionados con la menor, etc.».

Sobre tales bases, el auto objeto de recurso debe ser confirmado. En lo que respecta a los gastos de mobiliario para la habitación de la menor, porque, no cuestionada la necesidad o conveniencia de su realización, no ha de ser la madre quien lo asuma con exclusividad, visto su importe, el de la pensión señalada y las posibilidades económicas de uno y otro progenitor, bien entendido que, tal y como esta Sección tiene declarado con reiteración, los gastos extraordinarios no requieren previsión o pronunciamiento en la resolución que se ejecuta, y que en el caso, vista la redacción de la cláusula relativa a gastos, hay que entender que ese título contiene los presupuestos necesarios para sustentar la ejecución despachada, al margen los motivos de oposición de fondo que haya podido justificar. Y en lo que se refiere al material escolar, teatro «Arbolé», aula de la naturaleza y granja torre, por iguales razones, aparte de que el material escolar es objeto de previsión expresa en el convenio y de que los demás encuentran adecuado encaje en el de gastos extraescolares.

No se considera que haya cambiado la fortuna de la madre por el mero hecho de convivir sentimentalmente con otra persona que trabaja, desconociéndose sus recursos económicos así como los pactos habidos entre ellos en cuanto a las cargas y gastos de su unión de hecho.

### AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 5 de octubre de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María de los Reyes Castresana García

El actor Don Apolonio interpone demanda de modificación de medidas definitivas paterno-

filiales acordadas en convenio regulador de 27 septiembre de 2006, aprobado por Sentencia

de divorcio de 19 de diciembre de 2006, contra Doña Dulce, que acuerda el uso y disfrute de la vivienda conyugal sita en Barakaldo a la esposa e hijas menores (Oihane nacida el 28 de octubre de 1991 y Irantzu el 11 de abril de 2004) y el abono en concepto de pensión de alimentos en la cantidad de 600 euros hasta que las menores tengan sus propios medios de vida, actualmente la cantidad de 651,07 euros, y, tras las alegaciones contenidas en la celebración del juicio por cambio de circunstancias desde la demanda al amparo del artículo 752 de la LECn, peticiona la disminución de la pensión de alimentos a favor de ambas hijas en el 50%, así como la extinción del uso de la vivienda familiar, alegando como causa modificativa que la madre convive con su pareja de hecho en el domicilio que fue familiar, lo que implica que tenga una mayor disponibilidad económica.

En la primera instancia recayó sentencia desestimatoria, interponiendo el demandante Don Apolonio recurso de apelación, alegando indefensión puesto que la sentencia recurrida no analiza todas las circunstancias expuestas por la parte actora, con infracción el artículo 218.2 de la LECn, volviendo a reproducir la argumentación expuesta en la instancia basada en que se ha producido una sustancial modificación de circunstancias que fueron tenidas en cuenta y que se ha incurrido en una errónea valoración de la prueba por la Magistrada de Instancia.

No le asiste la razón al recurrente en lo relativo a la supuesta falta de motivación de la que a su entender adolece la resolución recurrida, pues, a este respecto, se ha de recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC núm. 101/1992, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC núm. 186/1992, de 16 de noviembre); no se requiere —por tanto— una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la

cuestión que se decide (entre otras, SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992).

En el mismo sentido, la Sala Primera del TS en su reciente Sentencia de 19 de febrero de 2009 afirma que: «Esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992); y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el juzgador para llegar al resultado o solución contenida en la parte dispositiva STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (SSTS de 30 de abril de 1991 y 7 de marzo de 1992)».

La sentencia recurrida aborda la petición de la disminución de la pensión de alimentos a cargo del padre-recurrente, en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, que aunque referido a la hija Irantzu también es aplicable a la otra hija Oihane.

En lo atinente a la pretensión de que se reduzca la cuantía de la pensión de alimentos a favor de las hijas del matrimonio, Oihane y Irantzu, de 18 y 6 años de edad, respectivamente, denuncia la parte apelante que cuando se estableció la pensión de alimentos la madre vivía sola con las hijas y dicha unidad familiar sólo contaba con los ingresos de la demandada, siendo que en la actualidad la madre convive sentimentalmente con otra persona que también trabaja y cuenta con recursos económicos, por lo que tiene mayor disponibilidad económica, siendo de aplicación el artículo 1362.1.º del Código Civil y las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre y 5 de noviembre de 2008, al incluir dentro de las cargas familiares los gastos de las hijas de la demandada.

Puesto que nos encontramos en un procedimiento de modificación de medidas de un anterior convenio regulador aprobado judicialmente o de sentencia, se hace preciso recordar que para la prosperabilidad de la modificación de medidas son requisitos legales y jurisprudenciales que se hayan adoptado medidas que regulen tales efectos, que hayan surgido hechos posteriores y no previstos por las partes o por el Juez que impliquen una variación sustancial en las circunstancias que sirvieron de base a la

adopción de tales medidas —esto es, que la modificación sea verdaderamente trascendente y no de escasa o relativa importancia—, que tal situación sea permanente o duradera y no coyuntural o transitoria, que no sea imputable a la voluntad de quien insta la revisión ni preconstituida con finalidad de fraude, así como que la modificación haya sido solicitada en la forma establecida por la Ley. En definitiva, se trata de analizar si existe una modificación sustancial de las circunstancias, lo que requiere realizar un juicio comparativo entre el momento inicial en el que la medida fue adoptada con el final en el que se propone su modificación.

El término «sustancial» utilizado por la LECn constituye la expresión de un concepto relativamente indeterminado y circunstancial, y, para depurarlo, es preciso atender a los perfiles singulares del supuesto de hecho planteado, comparando para ello la *ratio decidendi* de la anterior decisión con las particulares características de la nueva situación generada, a fin de constatar si en su esencia ha variado.

Así las cosas, este motivo de apelación debe ser rechazado, confirmando el que se mantenga la cuantía de la pensión alimenticia a favor de las

hijas, sin que se haya acreditado por el apelante que concurra ninguna modificación «sustancial» de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su fijación, *a sensu contrario* del artículo 91 in fine. Se trata de una pensión de alimentos que afecta a las hijas, hoy una de ellas todavía menor de edad, por lo que la demostración de esa variación en cuanto a la «mayor disponibilidad económica de la madre» debe demostrarse de modo palmario que sea «relevante», lo cual no concurre en el caso de autos, en que no existe ninguna alteración de los ingresos del apelante Don Apolonio ni de la madre Doña Dulce ni se han reducido las necesidades económicas de sus hijas. No se considera que haya cambiado la fortuna de la madre por el mero hecho de convivir sentimentalmente con otra persona que trabaja, desconociéndose sus recursos económicos así como los pactos habidos entre ellos en cuanto a las cargas y gastos de su unión de hecho. Se alude a una alegación genérica de la parte apelante sobre una mayor disponibilidad económica de la madre, sin concretar ni cuantificar en qué ha consistido, sin que le pueda servir de excusa al apelante para eludir sus obligaciones como padre, trasladando la responsabilidad económica a la madre y al tercero ajeno a la relación paterno-filial.

## PENSIÓN COMPENSATORIA

**En la actual coyuntura en la que ha sido impuesta la congelación de las pensiones como medida de política económica, la no revalorización de la pensión compensatoria reconocida para dos anualidades, cuando los ingresos del obligado a su pago se nutren en exclusiva de una pensión de jubilación, no resulta algo infundado o carente de sentido.**

**AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina**

Con respecto a la pensión compensatoria, se impugna en primer término la limitación temporal impuesta. No se acepta el que se temporalice la pensión en función del hecho de que en el futuro la actora perciba una pensión de jubilación.

También se insiste en la cuantía solicitada en la demanda, en función de los ingresos de uno y otro.

Y junto con la diferencia de ingresos se alude a otra serie de circunstancia que deben en su opinión tenerse en cuenta:

«1.º Dedicación absoluta a la familia desde el inicio del matrimonio.

2.º Mi mandante ha satisfecho íntegramente las cotizaciones a la Seguridad Social para que pueda percibir la pensión de jubilación el demandado a pesar de que estuvo ausente o desaparecido unos años, sin que él ingresara nada. Realmente resulta insatisfactoria la solución a la que ha llegado la Juez de Instancia, teniendo en cuenta que, gracias a que mi mandante ha satisfecho las prestaciones a la Segu-

ridad Social pueda percibir la pensión que actualmente percibe el demandado. Desde luego moralmente no se sostiene.

3.º Con su esfuerzo y trabajo ha sufragado la manutención y estudios de las hijas. Sólo con su trabajo».

Después de examinar todas las circunstancias concurrentes, nos parece que la pensión fijada en la resolución recurrida está bien ajustada a todas las circunstancias relevantes que han de ser tenidas en cuenta a dichos efectos.

Puede entenderse acreditado que hay una cierta diferencia de ingresos entre los litigantes.

Ya dijimos que la actora no ha aclarado cuáles puedan ser todos los « esporádicos trabajos », además de su trabajo en la recogida de la naranja, de los que vive. Pero sí puede reputarse probado que deben ser precarios, dado que no queda constancia oficial de los mismos. Nada que ver con la seguridad que procura la percepción de una pensión de jubilación como la que percibe el Sr. Arturo.

De otra parte, no han quedado aclaradas las circunstancias subyacentes previas al abandono por la actora del hogar familiar. Parece ser que se había producido un anterior abandono del hogar familiar por parte del demandado; pero no se precisa cuándo se produjo esto (parece que las hijas aún vivían en el hogar familiar). También ambas partes coinciden en admitir que llevaban vidas separadas no obstante vivir en un mismo domicilio. Pero tampoco se sabe exactamente desde cuánto tiempo hacía que se producía esta situación, en la que, en cualquier caso, los esposos seguían compartiendo determinados gastos comunes que no se sabe cómo estaban distribuidos.

En estas circunstancias, y desde el entendimiento de que sí se ha producido el doble desequilibrio económico-patrimonial previsto en el artículo 97 del Código Civil (puede haber meses o temporadas en las que la actora puede no tener asegurado algún tipo de ingresos), nos parece que la prudencial valoración realizada por la juzgadora de la primera instancia se ajusta en gran medida a la aparente diferencia de ingresos existente; y que con la pensión fijada se compensan en alguna medida, en la actual situación de mayor precariedad económica de la actora, la mayor dedicación a la familia que aquella en tiempos tuvo, y su contribución al sostenimiento de la familia durante la ausencia del demandado. Dado que también habría que tener en cuenta la situación de vidas separadas que en los últimos tiempos han llevado los cónyuges (aunque no se sabe exactamente por cuánto tiempo), nos parece adecuado un período de vigencia de la pensión prácticamente coincidente con el que le resta a la actora para cumplir 65 años y tener derecho a la percepción de la pensión de jubilación.

Con respecto al hecho de que en la resolución recurrida se excluya la actualización de la pensión fijada, ciertamente que la actualización o revalorización anual de las pensiones de alimentos y compensatoria constituye una nota casi inherente a éstas (artículos 90 y 97 del Código Civil). Pero en la actual coyuntura en la que ha sido impuesta la congelación de las pensiones como medida de política económica, la no revalorización de la pensión compensatoria reconocida para dos anualidades (a partir de marzo de 2010), cuando los ingresos del obligado al pago de la misma se nutren en exclusiva de una pensión de jubilación, no resulta algo infundado o carente de sentido.

**La esposa cuenta con 52 años. La convivencia matrimonial se prolongó durante 25 años en los que se dedicó en exclusiva al hogar e hijos, existe aún una hija menor de edad y carece de cualificación profesional, no teniendo ninguna experiencia laboral. Esa ausencia razonable de expectativas de generación de ingresos lleva a establecer el carácter vitalicio de la pensión compensatoria.**

### **AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 21 de octubre de 2010**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Odriozola Fernández**

Se recurre por la Sra. Estefanía la fijación de un plazo de cuatro años con respecto a la pensión

compensatoria fijada en su favor, se pretende que tenga carácter vitalicio.

Someramente, la compensatoria hace frente a un desequilibrio económico tras disolución de matrimonio, y la temporalidad o no viene dada por el cálculo de expectativa más que de abatir cuánticamente de posibilidad de acceso a obtención de ingresos para desarrollo vital conforme a parámetros de normalidad atendiendo realidad social. Se trata de demoler el desamparo del cónyuge sostén de la estructura familiar sin actividad generadora de ingresos y se hace mediante compensación estando el tiempo de la misma concatenado con la posibilidad racional de abatimiento de tal situación, para fijar debemos tener en cuenta las características de la persona perjudicada económicamente, más bien aquella a la que la disolución pone en situación de riesgo por carencia de ingresos, si va a poder o no hacer frente a las necesidades de vida medianamente digna, si tiene expectativa de poder vivir materialmente, tras dedicación matrimonial dejando al margen el desarrollo personal/profesional, no olvidando la incidencia, al mismo tiempo, de circunstancias atinentes a la relación matrimonial.

Premisas básicas a tener en cuenta tras teorización: A) Persona de 52 años. B) Duración efectiva de la convivencia conyugal sobre los 25 años. C) Dedicación exclusiva al hogar e hijos, una hija todavía menor de edad, y D) Carencia de cualificación profesional, no teniendo ninguna experiencia laboral. Con los datos reseñados, no discutidos, atendiendo la realidad social, es evidente que la expectativa de obtención de ingresos, de posibilidad de mantenimiento vital, de abatimiento de desequilibrio, es nula conforme racionalidad, traslativamente no cabe limitar temporalmente la pensión compensatoria, la dedicación matrimonial, tiempo, en unión a su formación y experiencia, hacen emerger incapacidad de logro de haberes económicos, traslativamente se es digna de compensación por parte del favorecido, quien se ha ejercitado formativa y profesionalmente. A lo precedente añadir la no incidencia de lo que se recepciona por Ayudas Sociales, concluyendo en la ausencia de razonable expectativa de generación de ingresos lo que nos lleva a establecer el carácter vitalicio de la pensión compensatoria, con estimación del recurso y revocación de la instancia al respecto.

**Admitida la ruptura o separación de hecho del matrimonio más de dos años antes de la interposición de la demanda, sin que la apelante reclamase nada al demandado durante ese tiempo, ni existiese pacto alguno sobre el reconocimiento de la pensión compensatoria que se solicita, es procedente denegarla.**

### **AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Pavesio Fernández**

En relación al único motivo del recurso de la apelación interpuesto por la demandante, solicitando se establezca como pensión compensatoria a su favor, y a cargo del esposo, del 20% de los ingresos que por todos los conceptos perciba el esposo, se desestima por los propios razonamientos contenidos en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, no desvirtuados por las argumentaciones de la recurrente, mera reproducción de sus alegaciones del escrito demanda, y de una apreciación subjetiva e interesada de la prueba practicada en primera instancia.

Pues, la función de la pensión compensatoria no es propiamente la de equilibrar los ingre-

sos de uno y otro cónyuge tras las ruptura matrimonial, sino tan sólo la de evitar en lo posible el desequilibrio que la ruptura produzca en un cónyuge en relación con la posición anterior en el matrimonio (artículo 97 del CC), pero sin perder de vista que la finalidad correctora de dicha pensión no puede identificarse con un derecho al mantenimiento de un poder adquisitivo o confundirse con una finalidad igualitaria y uniforme contraria al principio de diversidad personal y la propia institución matrimonial; en definitiva, no se trata de hacer iguales las economías de ambos cónyuges, sino de colocar al perjudicado en posición de poder solucionar sus propios problemas

económicos si por razón del matrimonio ha desatendido su vida laboral o profesional, haciendo posible que la persona beneficiaria de la pensión esté en condiciones de afrontar de forma autónoma la posición económica que le corresponde según sus propias aptitudes y capacidades para generar recursos económicos.

No es de apreciar error alguno en la juzgadora de instancia al apreciar la prueba, pues si bien es cierto que la esposa percibe 421,79 euros mensuales desde el 2006, subsidio de desempleo por tener más de 52 años, prestación que percibirá hasta su jubilación, frente a los 1.150 euros que percibe el esposo de la mutua, al encontrarse de baja de larga duración, por trastorno crónico ansioso depresivo, y se encuentra sometido a tratamiento, también éste tiene que hacer frente mensualmente a unos gastos fijos de 400 euros de renta de alquiler de la vivienda, 217,80 euros, del alquiler del local de negocio, 115,43 euros del alquiler del equipo profesional, y la cuota de autónomos, 493,17 euros. Así mismo la apelante reconoce que durante el matrimonio también colaboró en el negocio como fotógrafo profesional que es, hasta finales de 2008, es decir incluso después de la separación de hecho del matrimonio, pues en la demanda (presentada el 28 de octubre de 2009) —hecho segundo— se manifiesta que el esposo salió de la vivienda familiar «hace dos años aproximadamente». Así mismo la duración del matrimonio o de la convivencia conyugal no ha sido la de 30 años que dice la apelante, pues separados que estaban por Sentencia de 1 de marzo de 1993, se reconciliaron en julio de 1998 (Auto 3 de julio de 1998; folios 30 y 31), con lo cual el período de convivencia se inicia en 1998 hasta la separación de hecho previa a interponer la demanda de divorcio, que a la vista de lo manifestado por las partes será medidos de 2006; tiempo durante el cual la apelante ha estado trabajando, al menos hasta finales de 2008 como reconoce. Sin que se haya acreditado que el grado de discapacidad o minusvalía que tiene reconocido la impida desarrollar su profesión, fotografía.

Así pues, admitida la ruptura o separación de hecho del matrimonio más de dos años antes de la interposición de la demanda, sin que la

apelante reclamase nada al demandado durante ese tiempo, ni existiese pacto alguno sobre el reconocimiento de la pensión compensatoria que se solicita, como ya se pronunció esta Sala, en otros casos similares, entre otras, Sentencia de 14 de mayo de 2010 (RA 161/10), por citar la más reciente: «... no es posible reconocer el derecho a la pensión partiendo de la mera diferencia de ingresos entre las partes cuando existe un período de separación de hecho prolongado, sin interferencias económicas entre ambos cónyuges ... Sin embargo, como reconoce la propia apelante, la convivencia se volvió a romper en junio de 2003 y desde ese momento hasta la contestación a la demanda en enero de 2006, la apelante nada ha reclamado al demandado. Es por ello que es acertada la decisión judicial en cuanto niega a la demandante, el derecho a percibir de su esposo la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 CC, debido a la incidencia de una situación dilatada de cese de hecho en la convivencia, sin interferencias económicas entre los cónyuges, resolución que responde al criterio reiterado de esta Audiencia Provincial de Oviedo, a partir de la Sentencia de 25 de octubre de 1984, y reconocida entre otras por la de 15 de marzo de 1995 expresiva de que no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal al entenderse que cada uno de los cónyuges ha gozado de medios propios de subsistencia, por lo que mal se puede argumentar que la separación o el divorcio es determinante para quien la solicita de un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, status que en el peor de los casos sería el mismo, pero no agravado por la ruptura...» situación similar la contemplada por dicha sentencia, a la que acaece en el caso enjuiciado y que obliga a denegar el derecho, sin que la pérdida de nivel derivado de la ruptura que se alega sea, en este caso, motivo suficiente para conceder la pensión, ya que dicha pérdida la experimentan ambos cónyuges que tenían entonces menores gastos y contaban con una fuente conjunta de ingresos, que desaparece... Finalmente ha de considerarse la independencia económica y actividad laboral que ha desarrollado la apelante y que conserva intacta, que ha disfrutado también durante la convivencia de los rendimientos comunes, circunstancias que

han de valorarse conforme señala la reciente Sentencia del TS de 19 de enero, que dice textualmente: 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 en reconvención. Y ello en base a los siguientes argumentos: 1.º La recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo... 2.º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo. 3.º El régimen económico matrimonial que ha regido

las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos... 4.º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio. 5.º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento e irrelevante la concurrencia de necesidad (STS de 10 de marzo de 2009),... «doctrina de plena aplicación a este caso...». En consecuencia, el motivo se desestima.

**Se desestima la demanda de modificación de medidas en la que el esposo pretendía extinguir la pensión compensatoria alegando que nunca existió un desequilibrio económico y que en el convenio regulador se pactó una pensión simulada pues realmente lo que encubría era un desequilibrio en la liquidación de la sociedad de gananciales que ya ha sido compensado.**

### AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Nuñez**

En síntesis, aduce la representación procesal de la parte demandante en contra del fallo judicial de primer grado desestimatorio de su pretensión formalizada en demanda presentada el 20 de julio de 2009 y de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia número Seis (Familia) de esta capital, que las circunstancias que dieron lugar a que se pactara la estipulación sexta del convenio regulador de divorcio de 22 de diciembre de 2003 y por la que se fijara a favor de la esposa pensión compensatoria por desequilibrio económico, habían variado sustancialmente, ya que en la actualidad dicha pensión no cumple la función reparadora o reequilibradora pactada, dado que de las pruebas practicadas y obrantes en los autos queda de manifiesto que la Sra. Herminia no sufre ningún quebranto económico por la disolución del matrimonio, y así expresa que, según la demandada nos encontramos ante un supuesto de negocio jurídico simulado donde se expresa una causa falsa que encubre otra que es la realmente querida para compensar un supuesto desequilibrio a favor de

don Pedro Jesús con ocasión de la liquidación de su sociedad legal de gananciales, supuesto de simulación relativa que estaría regulado en el artículo 1276 del Código Civil, conforme al cual «la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita», afirmando la recurrente que la argumentada «sobrevaloración» y supuesto exceso de adjudicación no ha sido acreditado de modo alguno por la demandada, negando la sentencia la posibilidad de su extinción por el hecho de ser una pensión limitada en el tiempo y por tanto que desaparecerá cuando se produzca el vencimiento del plazo pactado, y ello, según la sentencia, porque las partes al suscribir el convenio analizaron las circunstancias para que se corrigiera el desequilibrio económico que se producía con el divorcio, por lo que no puede aducirse un cambio de circunstancias para extinguir la pensión compensatoria, no valorando ninguna de las pruebas documentales aportadas por la demandante y por la demandada que

vienen a corroborar la existencia de cambio en las circunstancias, sin que dicha afirmación se corresponda con la realidad, dado que la demandada reconoce que la pensión fue pactada como una forma indirecta de pago de pensión compensatoria, porque lo que realmente se estaba pactando no era un desequilibrio económico por la diferencia de ingresos de ambos, pues era evidente, que eran muy similares, sino un desequilibrio por la liquidación de gananciales, cometiéndose en la resolución infracción del artículo 1276 del Código Civil, ya que la pensión que regula el Código Civil para los supuestos de separación o divorcio, tiene su razón de ser en la existencia del desequilibrio económico que produce la disolución del matrimonio para una de las partes, por ello, si la sentencia recurrida admite que la cláusula sexta regula una pensión compensatoria y la parte demandada admite expresamente que su razón de ser no estaba en el desequilibrio económico porque no existía al momento de firmarse, es evidente que se expresó una causa falsa para su establecimiento, y ello da lugar, necesariamente a la nulidad de la obligación regulada salvo que se demostrara que ésta ocultaba otra causa verdadera y lícita, en este caso, según la demandada, a que el pago es compensación por parte del ahora demandante-apelante, sucediendo que la demandada no ha acreditado este exceso de adjudicación, siendo el valor que se expresara en la liquidación del inmueble que se adjudicara inferior al valor de mercado, entendiéndose que de mantenerse la pensión compensatoria cuando la propia demandada admite no sufrir desequilibrio económico, conlleva un evidente abuso de derecho, regulado y contemplado en el artículo 7 del Código Civil y un enriquecimiento sin causa, definido en el artículo 1895, así como que también iría contra la teoría de los actos propios; afirmando que puede extinguirse la pensión si se acredita que han cambiado las circunstancias que la originaron y que estos cambios se han acreditado con los documentos aportados con la demanda, y así, con la documental cabe deducir que la Sra. Herminia en la fecha en que se acordó la pensión compensatoria (diciembre de 2003) percibía unos ingresos mensuales de 4.017 euros (hecho tercero de la contestación a la demanda) y en años posteriores ha ido incre-

mentando sus ingresos de manera progresiva y constante, apareciendo en el documento 18 de demanda que la demandada percibía unos ingresos de 51.326,74 euros, pasando en el año 2006 a 61.563,09 euros anuales —documento 19 de la contestación—, alcanzando en el 2007 la cifra de 62.392,55 euros —documento número 20 de la contestación—, que vienen a ser superados en el 2008 hasta la suma de 78.434,69 euros anuales —documento número 21 de la contestación—, constando cómo la esposa al tiempo del divorcio trabajaba para la Fundación Imabis donde percibía 3.664\_07 euros mensuales brutos, y que a partir del año 2006 cesó voluntariamente en dicha Fundación —hecho admitido por la demandada— dedicándose al negocio del vino y explotación de bodegas, convirtiéndose en administradora única de la sociedad «Jorge Ordóñez SL» —documentos números 7 y 8 de la demanda—, siendo domicilio social de ésta el de Cañada de los Ingleses, coincidente con el que fuera el domicilio conyugal del matrimonio que se adjudicara la esposa en la liquidación de los gananciales y en donde vive, siendo, además, administradora solidaria de la entidad «Botani SL» —documento número 10 de la demanda—, de manera que abandonó su trabajo fijo porque aumentaba considerablemente sus ingresos, siendo claro que con las cantidades que percibe tiene capacidad económica suficiente para vivir, sustentarse y pagar la hipoteca que grava la vivienda en la que vive, por lo que en razón a lo expuesto interesa de la Sala de Apelación el dictado de sentencia por la que con revocación de la recurrida acuerde estimar la demanda y declarar la extinción de la pensión compensatoria que los cónyuges pactaran en el convenio regulador de su divorcio de fecha 22 de diciembre de 2003, con imposición de las costas procesales devengadas en primera instancia a la parte demandada.

Planteado el debate en los términos que han quedado expuestos en el anterior apartado, la controversia jurídica que se suscita en el procedimiento judicial de que trae causa el presente recurso de apelación debe pasar, necesaria y inexorablemente, por la exposición de recordar cómo el procedimiento de divorcio que se siguiera entre las partes con anterioridad en el año 2004 se caracteriza por la carencia de con-

tradicción entre los cónyuges, llegando incluso a ser calificado por algún sector doctrinal como verdadero expediente de jurisdicción voluntaria, aseveración que, a nuestro juicio, debe ser rechazada porque es netamente jurisdiccional, con independencia de su carácter contencioso o voluntario, como consecuencia de la necesaria intervención judicial y el hecho de que aún siendo presupuesto necesario del proceso mismo el acuerdo de las partes, ello, en modo alguno, es determinante de la sentencia estimatoria, ya que no son vinculantes los pactos concertados entre los esposos en el convenio que versen sobre materias indisponibles, pero sí sobre aquellas otras cuestiones que se pacten entre los esposos y no queden afectadas por normas de derecho necesario, como lo es, precisamente, la denominada pensión compensatoria por desequilibrio económico a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y que, según reiterada doctrina jurisprudencial se trata de un derecho de naturaleza dispositivo y, por tanto, renunciable, de manera que ratificada la petición presentada de divorcio de mutuo acuerdo y el convenio regulador a presencia judicial en forma separada por los esposos, con pleno conocimiento de su contenido y alcance, con el debido asesoramiento letrado, no puede uno de ellos mostrar con posterioridad su disconformidad, porque supone ir contra sus propios actos, según expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 25 de mayo de 2005, de lo que ya cabe extraer como primera conclusión en el caso que nos ocupa, sin perjuicio de las matizaciones que posteriormente llevaremos a cabo, que si los cónyuges, libre y voluntariamente, en convenio de 22 de diciembre de 2003 acordaran establecer a favor de la esposa, Doña Herminia la concesión de una pensión compensatoria por entender, acertadamente o no, que el cese de la convivencia matrimonial le producía desequilibrio económico, ahora, pasados unos años no es factible entrar en consideraciones acerca de si en aquel entonces concurrían las circunstancias necesarias para acceder a su establecimiento, quedando abierta la posibilidad de que de futuro, de conformidad con las previsiones normativas contenidas en los artículos 100 y 101, ambos del Código Civil, se pudiera interesar la extinción de dicho derecho caso de producirse

un cambio sustancial de circunstancias, extremo este que avalaría la tesis defendida por la parte recurrente en apelación, pero que, como veremos, debe ser rechazada por otra serie de consideraciones valorativas con las que colisiona frontalmente, pues, no olvidemos, como se ha dicho, que toda esta serie de pactos conyugales quedan enmarcados en el ejercicio de su autonomía privada, conforme a lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil —al igual que lo hace el artículo 11 del Código de Familia de Cataluña—.

Así las cosas, llegados a este punto, recordar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado progresivamente en torno a materia tan controvertida, y así en un primer momento se mostró absolutamente contraria a admitir la eficacia de los convenios privados de separación que entendía nulos en unos casos por ser contrarios al orden público —SSTS de 30 de enero de 1917 y 14 de junio de 1943—, a la ley y a la moral, a la obligación de convivir juntos impuesta por el artículo 56 del Código Civil —SSTS de 19 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1948—, y en otros porque vulneraba el sistema de inalterabilidad del régimen económico matrimonial consagrado en el primitivo artículo 1392 del Código Civil —SSTS de 18 de noviembre de 1964 y 20 de mayo de 1965—, implicando una transacción prohibida por la ley —SSTS de 14 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1949—; posteriormente vino a admitirlos como fenómeno jurídico digno de atención reconociendo primero el derecho de los cónyuges separados a la prestación alimenticia —SSTS de 25 de junio de 1987, 25 de junio y 28 de febrero de 1989—, aún vigente el vínculo matrimonial y teniéndola después como causa eficiente y válida de disolución de la sociedad de gananciales —SSTS de 18 de junio de 1986, 26 de enero de 1987, 17 de junio de 1988, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998—. Expone la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1988 que la Ley de 7 de julio de 1981 supuso un amplio reconocimiento de la «autonomía privada» de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, teniendo los convenios así establecidos un «carácter contractualista», por lo que en ellos han de concu-

rrir los requisitos que con carácter general establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261 del Código Civil, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Cuerpo legal sustantivo citado un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador no de su validez y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia, de forma que es claro que la jurisprudencia reconoce plena validez a dichos convenios que considera como negocios jurídicos de derecho de familia que cuando, como en el caso, es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva y que, cuando no es aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, distinguiéndose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997 tres supuestos: en primer lugar, el convenio, que en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador que al quedar aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, el cual tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil, por tanto, en esa distinción de sustancial importancia entre los convenios con y sin homologación judicial a que se refiere esta sentencia, para el segundo de los supuestos, como reseña la Sentencia de 15 de febrero de 2002, se concibe como una manifestación de libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas reconocida por la jurisprudencia —SSTS de 5 de febrero de 1992, 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998— y la doctrina registral —RR. DGRN de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998—, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial, señalando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª) de 14 de enero de 2005, como se está diciendo en forma reiterada, que el convenio regulador es un negocio jurídico familiar que tiene

como finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio mediante la manifestación de su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los mencionados efectos, pero la exigencia de presentación en los casos de ruptura familiar de mutuo acuerdo, de un documento que recoja el acuerdo de las partes sobre un contenido mínimo —artículo 90 del Código Civil— no significa en modo alguno que los cónyuges no puedan establecer obligaciones entre sí al margen del procedimiento de separación o divorcio, bastando para ello que el convenio celebrado al efecto cumpla los requisitos esenciales para la validez de los contratos que impone el artículo 1261 anteriormente citado y que el contenido de lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral ni al orden público; entendiéndose la doctrina científica que el convenio regulador es un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares y la autoridad pública, de forma que, la facultad que se concede a los esposos de regular los efectos sustantivos del mismo no supone un reconocimiento ilimitado de su autonomía, al menos en los extremos del mismo que afectan a materias indisponibles para las partes tales como los acuerdos referentes a los hijos menores de edad si no interviene como es preceptivo el Ministerio Fiscal y si no resulta luego aprobado judicialmente, y desde otra óptica distinta es tratada la naturaleza jurídica del convenio regulador en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª) de 24 de junio de 1999 y 14 de julio de 2003, en donde con cita de la STS de 31 de enero de 1985, afirman que debe reconocérsele un carácter transaccional que debe someterse a la aprobación judicial bien entendido que esa aprobación no le priva del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación de esa autorregulación de los intereses de las partes, limitándose el juez a homologarlo después de que se compruebe que no es gravemente perjudicial para uno de los progenitores o para los hijos, si los hubiere, de esta forma define el convenio regulador como una transacción sometida a condición, siendo precisamente su homologación judicial lo que le dota de fuerza ejecutiva, circunstancia en la que coinciden tanto el artículo 90 del Código Civil (convenio regulador) como el 1816 del mismo

(transacción judicial), por lo que parece oportuno indicar que aunque el órgano judicial proceda a homologar los pactos concertados entre los cónyuges en convenio regulador, ello no es óbice a que posteriormente pueda interesarse por cualquiera de ellos su nulidad por adolecer de vicio de consentimiento —artículos 1265 y siguientes del Código Civil—, pues la aprobación del convenio no excluye al mismo del carácter de negocio jurídico que tiene, habida cuenta que el juzgador se limita a su homologación sin entrar a analizar la ausencia de vicios del consentimiento en los cónyuges —SSTS de 10 de abril de 1985 y 26 de enero de 1993—; tan es así el carácter contractualista del convenio regulador que cabe decir en relación con las materias en él recogidas y que no queden afectadas por disposiciones de carácter indisponibles que, una vez dictada sentencia judicial por la que se homologue el convenio regulador presentado por los cónyuges, no cabe la menor duda de que los mismos podrán posteriormente llevar a cabo la modificación de los términos en él contenidos mediante el procedimiento modificador instaurado al efecto legalmente, pero, del mismo modo, también es perfectamente admisible que, sin necesidad de acudir a la vía judicial, siempre que no afecte a aspectos marcados por normativa de orden público, como acabamos de decir, puedan extrajudicialmente pactar lo que consideren pertinente; posibilidad esta examinada y aceptada en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2003 afirmando que no obstante establecer el artículo 90 del Código Civil que los acuerdos de los cónyuges deben ser aprobados por el Juez, existen importantes razones que obligan a concluir que dicha aprobación judicial no se ha de predicar de todos los acuerdos incluidos en el convenio regulador sino, exclusivamente, de los que afecten a los hijos y de aquellos que de modo expreso queden excluidos de la autonomía de la voluntad, y ello por las siguientes consideraciones: 1.—El amplio margen con que se permite la contratación entre cónyuges (artículo 1323 CC); 2.—La significación exclusivamente patrimonial del pacto que se lleve a cabo, concertado entre personas capaces para gobernarse por sí mismas no existiendo terceros perjudicados (artículo 322 CC); 3.—

Por la posibilidad de que los cónyuges, en cualquier momento, puedan pactar la liquidación del régimen consorcial; 4.—Porque la aprobación judicial de los términos del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil no se predica de todos los puntos en él referidos, sino exclusivamente de los acuerdos relativos a los hijos, y 5.—Porque la frase gravemente perjudicial para uno de los cónyuges del artículo 90.2 mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pero no cabe asegurar los intereses de éstos con grave detrimento de uno solo de los cónyuges.

Realizadas las sustanciales e importantes consideraciones anteriores, su conjunto debe complementarse con el hecho incuestionable de que en la interpretación de los contratos, y demás actos jurídicos, aunque inicialmente haya de partirse de las expresiones contenidas en las palabras pronunciadas o escritas, no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las mismas, por lo que se debe indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y finalidad que haya presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el artículo 1282 del Código Civil, la cual no excluye, como ha advertido la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1931, los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes, teniendo declarado el Alto Tribunal en Sentencias de 11 de octubre de 1989 y 16 de julio de 1992 que cuando de lo alegado y probado en el proceso surjan dudas fundadas acerca de la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos puedan parecer, sino que tiene el deber de indagar lo verdaderamente querido o intención evidentes de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios exegéticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, siendo de observar en el caso cómo a la fecha de quedar suscrito por los cónyuges el convenio regulador, 22 de diciembre de 2003, los ingresos en nómina del marido y de

la esposa no es que fueran similares como afirma la demandada- apelada, sino que los de ésta superaban a los de su esposo, ya que así mientras el actor percibía 3.111 euros mensuales —documentos números 3.3 y 3.b)—, los de ella ascendían a 4.017 euros mensuales, más dos pagas extraordinarias —documentos números 4 y 4.b)—, de lo que se extrae como deducción clara que a tal fecha, en manera alguna, los cónyuges pudieron tomar en consideración los ingresos de uno y otro como parámetro delimitador del establecimiento de pensión compensatoria por desequilibrio económico en favor de la esposa al no cumplirse el presupuesto mínimo de tal institución, el que la ruptura de la convivencia conyugal le produjera un marcado perjuicio económico que se solventaría con aquella disposición reequilibradora, tan es así que, incluso, de la literalidad de la estipulación sexta concertada se desprende cuando se concierta que «en concepto de pensión compensatoria, el Sr. Pedro Jesús abonará a su esposa la cantidad de 923 euros (novecientos veintitrés euros) mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta indicada anteriormente», añadiendo a renglón seguido que «dicha pensión será abonada hasta el mes de febrero de 2017, inclusive, y se actualizará anualmente con arreglo al IPC o índice que lo sustituya» y en su tercer inciso que «en caso de que el préstamo hipotecario que grava el domicilio conyugal sea cancelado por la Sra. Herminia, automáticamente se dejará de abonar la pensión compensatoria», clausulado negocial en el que, sin lugar a dudas, los esposos estaban contemplando otros condicionantes diferentes de los parámetros referenciados en el artículo 97 del Código Civil a fin de concretar el derecho a la percepción de la controvertida pensión, pues de haberse pactado una pensión de tipo estándar no tendrían por qué haber consignado la imposición de un término concreto y determinado, habida cuenta que el artículo 101 del Código Civil marca con meridiana claridad los motivos por lo que puede decretarse la extinción de la pensión compensatoria, intencionalidad que no era otra, a la vista de lo actuado en el proceso, que la de poner el *quantum* establecido de los 923 euros mensuales en relación directa con la cuantía mensual de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda que

fuera familiar y que se adjudicara en la liquidación de la sociedad de gananciales la esposa en su favor, tan es así que, incluso, esa fecha límite de abono de la pensión por el marido de febrero de 2017 se hace coincidir con la de finalización de los plazos de amortización del indicado préstamo hipotecario, lo que impone deducir que los avatares de tipo económico que en uno u otro cónyuge se produjeran con posterioridad a la homologación judicial del convenio regulador de los efectos del divorcio carecerían de virtualidad en la pretendida ahora extinción de la pensión compensatoria, respondiendo más bien lo pactado a la concesión de un capital en dinero que se abonaría hasta una fecha concreta y determinada, tal y como posibilita el artículo 99 del Código Civil, o, en su caso, responder a un «reajuste» de carácter económico derivado de la liquidación de la sociedad de gananciales que en el propio convenio se dispusiera, siendo lo cierto que de haber sido así, en absoluto, los esposos hubiesen tenido que dar cobertura a ese desequilibrio distributivo en las operaciones liquidatorias mediante la constitución de una formal concesión de pensión compensatoria, pues hubiese bastado con pactar la existencia de crédito por importe determinado en favor de la esposa y a abonar por el marido en la forma que tuvieran por conveniente, pero del mismo modo, *a contrario sensu*, el que así lo hicieran no significa que, sin más, automáticamente, deba ser declarado nulo el concierto de voluntades al amparo de lo establecido en el artículo 1276 del Código Civil, pues existiría en el negocio otra causa verdadera y lícita, cual era la de «cuadrar» equitativamente la liquidación del acervo ganancial en el que se adjudicaba a la esposa la titularidad de la que fuera vivienda conyugal, de manera que no otras conclusiones pueden sentarse en el análisis de la controvertida litis, determinando en cualquiera de sus hipótesis una conclusión desestimatoria de la tesis demandante defendida en alzada ante este tribunal, sin que sea de apreciar infracción de la doctrina de los actos propios, enriquecimiento injusto o abuso de derecho, conllevando el dictado de resolución desestimatoria de los motivos de apelación y, por ende, la confirmación íntegra de la sentencia dictada en la primera instancia.

## CUESTIONES PROCESALES

La sentencia apelada desestima la demanda por entender concurrente la excepción de «cosa juzgada» y por considerar vinculante y eficaz en España una Sentencia de Divorcio de mutuo acuerdo dictada en Santo Domingo (República Dominicana), para que los documentos aportados por la parte demandada pudieran tener eficacia material en España hubiera sido preciso obtener su *exequatur* ante el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente.

### AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña

La sentencia apelada desestima la demanda por entender concurrente la excepción de «cosa juzgada» y por considerar vinculante y eficaz en España una Sentencia de Divorcio de mutuo acuerdo dictada por la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia de la Provincia de Santo Domingo (República Dominicana). Examinado el contenido del proceso y la prueba documental aportada deben de realizarse las siguientes consideraciones iniciales:

1.ª En cuanto a la Sentencia de divorcio dictada por los Tribunales Dominicanos (f. 41) es cierto que está legalizada y formalmente apostillada y que formalmente, conforme al artículo 323.2 LEC, podría tener eficacia formal como documento extranjero aportado en Juicio ante un Tribunal español.

2.ª Ahora bien, en nuestro caso, la cuestión esencial no se centra tanto en la cosa juzgada formal sino en los efectos de la cosa juzgada material del divorcio de los litigantes extranjeros en España. Es decir, es preciso que el documento aportado tenga eficacia material en España y sea reconocido por los Tribunales españoles, conforme al último inciso del artículo 22.1 LOPJ; lo cual constituye un proceso de legalidad ordinaria (SSTC 94/1984; 43/1986; 54/1989, y 132/1991).

3.ª La SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 12 de junio de 2006 indica: «Por consiguiente, tratándose, no de documentos administrativos extranjeros (cual los aportados con la demanda) con eficacia en España, según lo más arriba razonado, sin más que acompañar su apostillado y traducción (Convenio de La Haya de 1961), sino de Resoluciones extranjeras que siguen precisando (salvo excepciones regladas en los propios Convenios o Reglamentos Comunitarios)

del reconocimiento (*exequatur*) por el Estado en que se hacen valer, por cuanto que la circunstancia de una anterior disolución matrimonial, para que pueda darse como tal, a través de las aportaciones documentales de esas Resoluciones de Órganos Judiciales Extranjeros, deben para poder desplegar su eficacia probatoria, ser reconocidas en España, lo que no basta con su mera aportación, adolecen los documentos presentados de toda eficacia, luego no puede darse por acreditada tal circunstancia».

4.ª Ello supone que para que los documentos aportados por la parte demandada pudieran tener eficacia material en España hubiera sido preciso obtener su *exequatur* ante el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente en aplicación del artículo 85.5 LOPJ y artículo 955 LEC/1881 en su redacción de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, como medio para que la Sentencia de Divorcio aportada formalmente por la parte demandada y emanada de un Tribunal extranjero, pudiera tener efectos mediante su reconocimiento por los Tribunales Españoles y por el procedimiento de los artículos 951 y ss. LEC/1881, en vigor por aplicación de la DD única 1.3.ª Ley 1/2000.

En este sentido, la AP de Barcelona, Sección 12, de 19 de mayo de 2006, en un caso también de ciudadanos de la República Dominicana dice: «La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en los preceptos de la misma cuya vigencia ha sido mantenida en tanto no se promulga una Ley de Cooperación Jurídica Internacional, regula en los artículos 951 y siguientes, la materia relativa al reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros, estableciendo un conjunto de regímenes de homologación que han de aplicarse sucesivamente

y por su orden. En primer lugar, y como sistema preferente, se estatuye el criterio o régimen convencional, que en el caso de autos es inexistente, por carecer el Reino de España y la República Dominicana de convenio bilateral en la materia, ni haber suscrito ni ratificado ambos Estados

ningún Convenio Internacional que lo regule. En defecto de Tratado Internacional, el régimen supletorio para obtener el reconocimiento de sentencias extranjeras en España, está condicionado a que las mismas reúnan los requisitos que recoge artículo 954 del referido texto legal».

**Con relación a las litisexpensas, en el presente caso, concurre caudal común, lo que implica que los bienes privativos del esposo no corren riesgo alguno en cuanto a la financiación de este pleito; será aquel quien la soporte sin que, por lo expuesto, tuviera obligación alguna la esposa de acudir a solicitar el beneficio de justicia gratuita precisamente por la existencia de ese caudal común.**

### **AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 1 de octubre de 2010**

---

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz**

Con relación a las litisexpensas, el artículo 1318 párrafo 2.º CC dispone que «Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y faltando éste se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita».

Interpretando este precepto conforme a sus propios términos, se ha de concluir que la asistencia gratuita de la esposa, a falta de bienes propios en litigios contra el otro cónyuge o contra terceros que vayan en beneficio de la familia, sólo procede o habría de solicitarse cuando, por falta de caudal común, los gastos que causen tales litigios deban ser sufragados, a tenor del pre-

cepto indicado, por el otro cónyuge; y, por tanto, sólo y exclusivamente en el antedicho supuesto, la parte deberá soportar las consecuencias de no haber interesado el beneficio de justicia gratuita.

En el presente caso, concurre caudal común, lo que implica que los bienes privativos del Sr. Luis Antonio no corren riesgo alguno en cuanto a la financiación de este pleito; será aquel quien la soporte sin que, por lo expuesto, tuviera obligación alguna la Sra. Felicísima de acudir a solicitar el beneficio de justicia gratuita precisamente, se insiste, por la existencia de ese caudal común y sin perjuicio de la trascendencia de lo anterior en la futura liquidación de la sociedad de gananciales.

Procede, por tanto, fijar las litis expensas en favor de Doña Felicísima, si bien por la cuantía modificada que se interesó en el acto del juicio, de 1.800 euros.

**Se le imponen las costas causadas en la primera instancia al demandado ya que las medidas solicitadas en la demanda han sido estimadas en su integridad mientras que también en su integridad han sido rechazadas las solicitadas por el demandado en su contestación, de ahí que sin duda sea de aplicación el artículo 394.1 LEC que conlleva la imposición de las costas al demandado.**

### **AP Málaga, Sec. 6.<sup>a</sup>, Sentencia de 30 de septiembre de 2010**

---

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María de la Soledad Jurado Rodríguez**

Interesa el recurrente que se revoque el pronunciamiento por el que se le impone las costas cau-

sadas en la primera instancia a fin de que cada parte abone las causadas a su instancia ya que el

demandado no se ha opuesto al divorcio sino a ciertas medidas solicitadas por la actora, motivo recurrente que se desestima porque en esta clase de pleitos es de aplicación el artículo 394 al establecer el artículo 753 que los procesos a que se refiere este título (capacidad, filiación, matrimonio y menores) se sustanciarán los trámites del juicio verbal, y si bien el demandado mostró su conformidad con la pretensión de divorcio, ello no tiene relevancia procesal alguna pues en todo caso se hubiera decretado, siendo el verda-

dero objeto del proceso precisamente las medidas inherentes a la declaración de divorcio pues incluso si hubiera habido en ellas acuerdo entre las partes el procedimiento hubiera sido otro distinto, resultando que las medidas solicitadas en la demanda han sido estimadas en su integridad mientras que también en su integridad han sido rechazadas las solicitadas por el demandado en su contestación, de ahí que sin duda sea de aplicación el artículo 394.1 LEC que conlleva la imposición de las costas al demandado.

**Se atribuye la competencia para conocer del procedimiento de Modificación de Medidas al Juzgado de Violencia, pues el Auto de sobreseimiento es provisional y no determina en consecuencia la extinción de la competencia de este juzgado.**

### **AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Auto de 28 de septiembre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María Dolores Viñas Maestre**

Con carácter previo a determinar los criterios de competencia cabe señalar que conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 60 de la LEC, una vez acordada la inhibición del procedimiento por el Juzgado de Violencia, el Juzgado de Primera Instancia no podía acordar la inhibición del procedimiento al Juzgado de Violencia remitiendo de nuevo los autos, sino que debía haber planteado de forma inmediata, caso de no considerarse competente, como es el caso, la cuestión negativa de competencia, como finalmente hizo mediante providencia de fecha 4 de mayo de 2010.

Dicho lo anterior se resuelve la competencia a favor del Juzgado de Violencia núm. 1 de Mataró, pero por razones distintas a las recogidas en el Auto dictado por el Juzgado de Familia. Dicha resolución recoge las conclusiones de la guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género referentes a supuestos distintos del que aquí nos ocupa, en los que se haya procedido a la admisión a trámite de la demanda por el Juzgado de Violencia por encontrarse en alguno de los casos previstos en el artículo 87 ter de la LOPJ. En el caso de autos, presentada la demanda de Modificación de Medidas, por el

Juzgado de Violencia se procedió a la inhibición del procedimiento al Juzgado de Primera Instancia, por entender, y es en este motivo en el que funda su falta de competencia, que al haberse dictado Auto de Sobreseimiento del Procedimiento Penal antes de presentarse la demanda de Modificación, y no existiendo ningún otro procedimiento en trámite, no era competente al no estar las partes incurso en ningún procedimiento de violencia en el momento de presentarse la demanda.

De todo lo actuado se desprende que por el Juzgado de Violencia se dictó el 5 de noviembre de 2008 sentencia de separación; que el 9 de julio de 2008 se acordó el sobreseimiento provisional de las Diligencias Penales en las que se encontraban implicados los sujetos del procedimiento civil y que la demanda de modificación se presentó en noviembre de 2009, con posterioridad al sobreseimiento provisional de las Diligencias Penales.

Esta Audiencia Provincial, Sec. 12.<sup>a</sup>, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión controvertida. Así en el Auto de fecha 30 de abril de 2009 señala que «Es jurisprudencia consolidada de esta Sala que una vez incoadas diligencias penales, si se cumplen los requisitos del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Po-

der Judicial (LOPJ) el juez civil que esté conociendo de un proceso del artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) debe proceder según el artículo 49 bis LEC, sin que sea relevante el sobreseimiento de la causal penal. Contrariamente a lo afirmado en el planteamiento de la cuestión negativa, la simultaneidad de requisitos no es necesaria, como lo demuestra que el propio artículo 49 bis. 2 LEC prevea un supuesto en que la incoación de las diligencias penales es posterior al inicio de los autos civiles. Pero, ni siquiera es necesario tal argumento, porque el propio Juzgado de Violencia continúa siendo competente para esos hechos y otros conexos en tanto el asunto sobreseído provisionalmente puede ser reabierto y continúa teniendo *vis atractiva* según las normas de reparto penales». Y recientemente en Auto de fecha 7 de septiembre de 2010, en una cuestión negativa de competencia planteada entre los mismos ór-

ganos judiciales que la presente se señala que «La competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer tan sólo se extingue por la finalización del procedimiento penal que la provocó. Tal finalización exige estrictamente o bien una sentencia absolutoria firme (y, por tanto, no susceptible de ejecución) o bien un sobreseimiento libre firme, de los regulados en el artículo 637 de la LECr o bien la presencia de alguno de los demás supuestos de extinción de la responsabilidad criminal establecidos en el artículo 130 del vigente Código Penal y concordantes de la LECr».

La doctrina anteriormente expuesta conduce en este caso a atribuir la competencia para conocer del procedimiento de Modificación de Medidas al Juzgado de Violencia, pues el Auto de sobreseimiento es provisional y no determina en consecuencia la extinción de la competencia del Juzgado de Violencia.

**Validez de la suspensión del régimen de visitas acordado por vía del artículo 158 del CC por el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad donde reside el menor, con independencia de que otro juzgado distinto sea el competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas.**

### **AP Valencia, Sec. 10.<sup>a</sup>, Auto de 6 de septiembre de 2010**

---

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina**

El demandado interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Valencia el día 22 de febrero de 2009, que acordó la suspensión del régimen de comunicación establecido en la Sentencia de divorcio de 27 de febrero de 2007.

Debe en primer lugar confirmarse la competencia del Juzgado *a quo* para la adopción de la medida de protección urgente en beneficio del hijo, conforme al artículo 725.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta que el Juzgado de Valencia es el idóneo para tomar este tipo de acuerdos pues en esta ciudad reside el menor, lo que no impide que la medida sea revisada por el Juzgado competente para conocer de las medidas definitivas.

La decisión del Juzgado, tomada al amparo del artículo 158 del Código Civil, debe mantenerse a la vista no sólo del Informe del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 170 y siguientes), sino también del informe del médico-forense obrante (folio 393) en las diligencias penales abiertas y que en la actualidad han pasado a Procedimiento Abreviado (el número 171/2009 del Juzgado de Instrucción 14 de Valencia), todo ello sin perjuicio de la resolución que se adopte en el mencionado procedimiento penal, o en el juicio civil de modificación de medidas que con el número 691/2009 se sigue en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Úbeda, pues la medida que se confirma por medio de este auto tiene el carácter de provisional y urgente.

No procede suspender el procedimiento de divorcio hasta que se resuelva por el Fiscal la petición de los hijos del inicio de un procedimiento de incapacitación del padre.

**AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Delis Muñoz Jiménez**

Dicha sentencia es recurrida en apelación por la representación de la Sra. Bárbara, solicitando que se revoque la resolución y se proceda a la suspensión del procedimiento de divorcio en el momento anterior a la celebración de la vista hasta que se proceda a la resolución de las Diligencias preprocesales núm. 671/09 de la Fiscalía Provincial de Valencia.

A dicho recurso se opuso la representación del Sr. Anselmo que, además, impugna la sentencia en los extremos de la misma que entiende le son desfavorables.

Examinando el recurso entablado por la Sra. Bárbara, ha de entenderse que se alega infracción de normas o garantías procesales en primera instancia, siendo exigible que las mismas hayan causado indefensión (artículo 459 LEC). La demandada en el acto del juicio, que tuvo lugar el día 19 de octubre de 2009, solicitó su suspensión por haberse iniciado las actuaciones a instancia de los hijos ante la Fiscalía a fin de que el actor se sometiera a evaluación médica para conocer su grado de capacidad por los motivos que los hijos habían expuesto a la Fiscalía, a lo que se opuso la parte actora y no fue acordada por la Juzgadora, formulándose protesta por la recurrente a los efectos del artículo 443 LEC. Consta en autos (folios 43 y siguientes) que en fecha 16 de octubre de 2009 entró en el Juzgado testimonio de las Diligencias Preprocesales núm. 671, que fue remitido por la Fiscalía «a los efectos procedentes». En estas actuaciones, seguidas a instancia de los hijos del Sr. Anselmo, constaba solicitud formulada por el Ministerio Fiscal al Instituto de Medicina Legal de Valencia para que emitiera informe sobre enfermedades o deficiencias psíquicas que pudieran afectar al Sr. Anselmo así como efectos de la misma «teniendo conocimiento a través de las Diligencias Preprocesales obrantes en esta Fiscalía (...) que Don/Doña Anselmo (...) pudiera estar afectado

de una patología que de forma persistente, y en la actualidad, le impide desarrollar de forma adecuada, efectiva y en plano de igualdad, las facultades volitivas e intelectivas inherentes a la misma, y con la finalidad de proteger su esfera personal y patrimonial, así como valorar que sea el Ministerio Fiscal quien presente la Demanda de Determinación de la Capacidad...».

En el recurso se alega infracción del artículo 7.1 y 2 y artículo 8 LEC, por falta de suspensión del procedimiento hasta la resolución sobre la capacidad del actor y se alega que debió suspenderse la tramitación del procedimiento de divorcio hasta que se dictara sentencia, resultando necesario el informe del Médico Forense y de la Fiscalía Provincial a fin de conocer la capacidad del demandante para interponer la demanda de divorcio.

La decisión adoptada por la Juzgadora no puede estimarse que vulnere las normas procesales que se alegan. Éstas se refieren a que la comparecencia en juicio deberá hacerse por quien esté en el pleno ejercicio de los derechos civiles y a los mecanismos de integración de la capacidad procesal, para los que no estén en aquel caso. El demandante no ha sido incapacitado, esto no se discute, y por tanto, ha de presumirse su plena capacidad.

Además, el artículo 43 LEC, referente a la prejudicialidad civil que podría amparar la pretensión de la recurrente de suspensión del procedimiento hasta que finalizase el proceso en que se hubiere planteado dicha cuestión (la incapacidad del demandante) se refiere a la existencia de un proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil y en el presente caso, las diligencias que se practican son previas a la decisión por la Fiscalía de si se plantea la demanda de incapacitación y hasta que esta demanda no se plantee y sea admitida a trámite, no puede decirse que exista proceso pendiente.

También ha de tenerse en cuenta que las medidas cautelares para la adecuada protección de la persona del presunto incapaz o de su patrimonio que prevé el artículo 762 LEC han de ser adoptadas por el Juez competente (el que lo sea

para conocer de la demanda de capacidad, ha de entenderse), no por Juez distinto que conozca de proceso sobre otro objeto. El recurso de apelación formulado por la representación de la Sra. Bárbara, por consiguiente, ha de ser desestimado.

## EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Los ingresos efectuados por el padre lo han sido en la cuenta corriente vinculada al pago del crédito hipotecario pendiente que grava la vivienda familiar, pero con independencia del carácter no compensable de la pensión de alimentos, no es dable a quien se le ha impuesto tal obligación el que pretenda eludir su pago alegando compensación con otras deudas que no pueden tener acogida en este trámite en el que sólo cabe el cumplimiento íntegro de lo realmente debido y ello sin perjuicio de otras acciones que pudiesen corresponderle a efectos de ejercitarlas en los procedimientos correspondientes.

**AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Auto de 26 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

Tras el examen y valoración de lo actuado en primera instancia, así como lo alegado por las representaciones procesales de las partes en sus respectivos escritos de interposición y oposición al recurso, no puede esta Sala sino compartir el criterio de la Juzgadora de instancia acordando continuar con la ejecución despachada en la forma y cuantía recogida en la resolución recurrida. En este sentido y en lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto por el ahora ejecutado; lo cierto es, no sólo que se ha promovido por parte de la Sra. Emilia demanda ejecutiva ante el impago por aquél de determinadas sumas referidas a la pensión de alimentos fijada en la sentencia dictada en su día, sino que las causas de oposición que contempla el artículo 556 de nuestra LEC, son tasadas o *numerus clausus* sin que puedan oponerse otros motivos que los expresamente establecidos en tal precepto. Así las cosas, partiendo de la legitimidad del título en relación a las sumas reclamadas y con independencia de determinados ingresos efectuados por el ejecutado Sr. Cesáreo en la cuenta corriente vinculada al pago del crédito hipotecario pendiente que grava la vivienda de ambas partes litigantes; lo realmente trascendente en el caso de autos radica, en que por este último no se ha

acreditado categóricamente que hubiese cumplido con su obligación de pago de las pensiones alimenticias debidas y que sirven de base de la presente ejecución, sin que, puedan aceptarse otras deducciones o compensaciones planteadas relativas a otros gastos, debiendo cumplirse por el mismo con su obligación de pago de las cantidades realmente adeudadas y reclamadas. En consecuencia, con independencia del carácter no compensable de la pensión de alimentos, al venir fijadas unas cantidades determinadas por tal concepto, no es dable a quien se le ha impuesto tal obligación el que pretenda eludir su pago alegando compensación con otras deudas que no pueden tener acogida en este trámite en el que sólo cabe el cumplimiento íntegro de lo realmente debido y ello sin perjuicio de otras acciones que pudiesen corresponderle a efectos de ejercitarlas en los procedimientos correspondientes. De ahí, que esta Sala asuma la apreciación valorativa llevada a cabo por la Juez *a quo* en la resolución recurrida en relación a la suma realmente adeudada y por la que se acuerda continuar con la ejecución; por lo que es procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida en toda su integridad.

El convenio regulador, si bien instituye al esposo como deudor del préstamo hipotecario, no le obliga a tener que novar la hipoteca para que desaparezca la esposa como deudora, por lo que procede dejar sin efecto la ejecución despachada.

#### AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Auto de 21 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz

El presente recurso de apelación trae causa de la demanda de ejecución promovida por Doña Nieves contra su ex cónyuge Don Evelio en base al título judicial que supone el Auto de fecha 9 de noviembre de 2007 que aprobó la liquidación del régimen matrimonial plasmado en el convenio regulador suscrito por los cónyuges el día 23 de julio anterior, cuya cláusula segunda estipulaba:

«El Sr. Evelio asumirá el pago total de los créditos hipotecarios y personales, renunciando a la percepción de cualesquiera cantidades que pudiera reclamar a la Sra. Nieves».

Con fundamento en dicha cláusula, la Sra. Nieves solicitaba como materia de ejecución el que se requiriera a su ex cónyuge Sr. Evelio el que pusiera a su exclusivo nombre el préstamo hipotecario núm. NÚM000 que se formalizó con la BBK en mayo de 1999 así como el aval de la misma entidad núm. NÚM001 suscrito en enero de 1995, estando el primero vinculado a la cuenta bancaria de titularidad de ambos cónyuges abierta en la BBK con el número NÚM002 la cual, según se dice por la ejecutante, el ejecutado ha puesto a su exclusivo nombre, por lo que teme que la Caja arremeta contra los bienes personales de la primera al mantener la titularidad del préstamo hipotecario y del aval.

Se dictó Auto por el Juzgado de instancia por el que se denegó el despacho de la ejecución en base a lo dispuesto en el artículo 551 LEC, por cuanto que el acto de ejecución solicitado no es conforme con la naturaleza y contenido del título; resolución que es objeto de recurso por la parte ejecutante.

El recurso debe de ser desestimado; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 538-2

LEC, la ejecución debe despacharse contra quien aparezca como deudor en el título que es objeto de aquélla; y el artículo 549.1.2.º señala que en la demanda de ejecución ha de expresarse la tutela ejecutiva que se pretende en relación con el título ejecutivo que se aduce.

En el presente caso, el convenio regulador que aprueba el Auto de 9 de noviembre de 2007 que se pretende ejecutar, si bien instituye al Sr. Evelio como deudor por la cláusula que ha quedado transcrita, no dispone sin embargo, como contenido de dicha deuda, la obligación de hacer que la ejecutante pretende; y ello con independencia de que la misma afectaría además a terceros como es la propia entidad acreedora; la obligación para el Sr. Evelio que el Auto ratifica es, simplemente, que pague la totalidad de los créditos hipotecarios y personales que el matrimonio tenía; dicho señor verá cuál ha de ser la forma más práctica de que tal obligación se lleve a efecto, aunque lo ideal sería, en efecto, que titularice exclusivamente a su nombre los préstamos hipotecarios y personales así como el aval, al igual que una cuenta corriente asociada para cargar las cuotas periódicas que aquéllos generen, si la entidad financiera se lo permite; pero eso es algo que no se puede conseguir a través de la presente ejecución ya que, se insiste, el título no instauró esa concreta obligación sino, simplemente, que el Sr. Evelio debe pagar.

De tal forma que si finalmente no lo hace y la ejecutante se ve obligada a hacerlo porque el Banco se dirige judicial o extraprocesalmente contra ella, entonces sí que tendrá la Sra. Nieves legitimidad causal y materia de ejecución concreta para repetir contra su ex cónyuge en base al título judicial antedicho, con independencia de los demás daños y perjuicios causados que en su caso podrá reclamar aparte.

No habiendo residido la hija con la madre durante los meses cuyo pago alimenticio reclama, sino que lo ha hecho con el padre, de manera que aquél se hizo cargo de las necesidades alimenticias de la referida hija durante los meses que se reclaman, no procede estimar la reclamación que aquélla efectúa, con indudable abuso de derecho, pues ello motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor de la acreedora y en contra de la persona obligada al pago.

**AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Auto de 21 de octubre de 2010**

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María José Pérez Tormo**

Es pacífico criterio de las diferentes Audiencias Provinciales, y esta Sala lo ha dicho entre otras en Autos de fechas 7 de junio de 1999 y 22 de febrero de 2002, entre otros, que no habiendo residido la hija con la madre durante los meses cuyo pago alimenticio reclama, sino que lo ha hecho con el padre, de manera que aquél se hizo cargo de las necesidades alimenticias de la referida hija durante los meses que se reclaman, no procede estimar la reclamación que aquélla efectúa, con indudable abuso de derecho, pues ello motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor de la acreedora y en contra de la persona obligada al pago, situación que resulta contraria al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil al constituir abuso de derecho que no puede merecer amparo ante los tribunales. Y, conforme indica el Tribunal Supremo «El principio general de la buena fe, determinado en el artículo 7.1 del Código Civil, el cual, según tiene declarado esta Sala, constituye una noción omnicomprendiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia,

de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad (STS 14 de mayo de 2002, en cita de la STS 11 de mayo de 1992)».

En el caso de autos ha quedado acreditada la convivencia de la menor Nuria con el Sr. Melchor durante los meses que la ejecutante le reclama la pensión alimenticia. Asimismo el Sr. Melchor aduce que ha ido asumiendo en este tiempo los gastos de la hija común Nuria, sin que la ejecutante se haya opuesto a tal afirmación, por lo que debe entenderse que la admite. Por tanto no puede obligarse al padre a realizar un doble pago de los alimentos de Nuria pues ello implicaría un enriquecimiento injusto a favor de la ejecutante que los Tribunales no pueden suscribir. Considera esta Sala adecuada la cifra que se ha atribuido como alimentos para la menor Nuria respecto de la total cifra fijada en la resolución que se ejecuta, por todo lo cual, procede confirmar la resolución recurrida, con desestimación del recurso planteado.

La madre tiene en exclusiva el derecho de custodia, por lo que, según el artículo 5 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, en su apartado a), dicho derecho comprende la facultad de decidir sobre su lugar de residencia y en consecuencia no existe sustracción de menores.

**AP Vizcaya, Sec. 4.<sup>a</sup>, Auto de 20 de octubre de 2010**

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Odriozola Fernández**

Mantiene la Abogacía del Estado que ha existido extralimitación en el ejercicio del derecho de

custodia, infringiéndose el mismo, al modificar unilateralmente la madre el lugar de residencia

de las menores, solicita la restitución al domicilio primario.

En línea con la instancia indicar: A) Que la madre tiene en exclusiva el derecho de custodia. B) Que según el artículo 5 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, en su apartado a) El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, y C) Que para considerar traslado o retención ilícitos, tiene que existir la premisa de atribución del derecho de custodia o el ejercicio efectivo o posibilidad de tal.

De lo precedente: 1) Exclusividad, individualización plena del derecho de custodia en favor de la madre. 2) Literalidad del tratado habilitando al custodio para decidir el lugar de residencia de las menores y, 3) Que para poder explicitar haber emanado el calificativo de ilicitud en el traslado, salida del país, se debe ostentar derecho de custodia declarado o efectivo por aquel que entiende, aduce, actividad ilegal por persona digna de corrección. En la presente quien está alegando carece de derecho de custodia, traslativamente no cabe aducir infracción de derecho.

El convenio habilita, artículo 5, y por otra parte no ha habido infracción del derecho de custodia, ilicitud, ya que el traslado lo ha realizado el tutor, artículo 3, inicialmente no podemos hablar de sustracción.

No se discute la aplicación del Convenio, ratificado y publicado se integra en el ordenamiento interno, y del mismo emanan unos principios y normas de ámbito supranacional que deben ser integrados y acatados por el ordenamiento jurídico interno. Desde el momento de adhesión al tratado prima sobre la norma interna y tiene efecto directo, en caso de duda la interpretación debe ser bajo el principio *pro communitate*.

En un plano teórico, desgranando hasta donde llega el derecho de custodia, debemos responder que nos lo dice el artículo 5 del Con-

venio, informador como principio y norma de derecho interno, no hay vulneración porque se decida el lugar de residencia del menor.

Propiamente nos encontramos ante una patria potestad con derecho de visitas frente a una patria potestad con derecho de custodia, el sujeto de la primera aduce ilicitud por la segunda ante el cambio de residencia con salida del país. El tutor, iterando, puede decidir dónde vivir las menores, siempre que no exista degradación en desarrollo físico-formativo de las mismas, en la presente existe una pericia judicial psicológica favorable a la nueva residencia, «adaptación positiva al entorno escolar, con buenas relaciones con iguales y con adultos, ofrecen percepción positiva de ámbito escolar, esfuerzo importante de una y otra para desarrollo de competencias en euskera», «las menores muestran interés, al igual que la madre, por dar continuidad a la situación actual, de convivencia en nuevo entorno, nuevas relaciones, etc.». La custodia es un derecho que posibilita la decisión sobre el lugar de residencia, de tal dato se difiere una mayor intensidad que la visita, se carece de tal posibilidad de forma ilimitada, si en la práctica se produce colisión, nadie está impedido de alterar su domicilio, residencia, produciéndose convivencia inherente del menor, sin menoscabo físico-formativo, partiendo de que no hay ilicitud en el ejercicio de custodia, debe ser el acreedor del derecho de visita quien inste la plasmación del mismo, obviamente plenitud mientras no haya conducta transgresiva, vía artículo 21 del Convenio, a más en el informe no hay atisbo de obstáculo, comunicación telefónica frecuente y plena disposición a conexión por medios técnicos visuales, todo sin dejar de lado el pleno derecho al contacto físico, simplemente búsqueda de materialización con el nuevo dato domiciliario.

En conjunto, ejercicio de derecho conforme Convenio, norma y principio informante, ausencia de ilicitud en el traslado, favorable desarrollo físico-formativo de las menores en relación con el hecho de la nueva residencia, y, necesidad del padre de instar efectividad del derecho de visita ante el nuevo fáctico, la nueva realidad residencial.

Existió una causa objetiva de extinción de las pensiones alimenticia y compensatoria, cual fue los matrimonios contraídos por ambas, siendo ésta una circunstancia que acreditada exime de cualquier valoración, es a juicio de este Tribunal la vía del enriquecimiento injusto la más adecuada a los efectos de fundar el éxito de la pretensión de devolución de las pensiones abonadas indebidamente.

## AP Asturias, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 15 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo

La sentencia dictada en primera instancia acogió la demanda condenando a las demandadas a la devolución al actor de las cantidades consideradas indebidamente abonadas a aquéllas en concepto de alimentos y pensión compensatoria, con retroacción de los efectos de la extinción de tales obligaciones al momento en que ambas demandadas habían contraído matrimonio.

Dando por reproducidos los antecedentes fácticos de la presente litis, puestos de relieve en el primero de los fundamentos de la resolución recurrida, las apelantes invocan, como primera alegación en su escrito de formalización del recurso, la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada en el Juzgado núm. 2 de Grado, que resolvió el incidente de modificación de medidas acordando la extinción de las pensiones compensatorias y alimenticia, alegación que enlaza claramente con la cuestión planteada en su día en orden a la invocación de la cosa juzgada y que ya fue resuelta por el auto de 9 de febrero de 2010 dictado por esta misma Sala y que obra en las presentes actuaciones, de manera que al mismo cabe remitirse.

El tema a dirimir en esta alzada es claro que ha de reconducirse básicamente a analizar las alegaciones vertidas en los extremos segundo y tercero del escrito del recurso, así como la existencia o no de enriquecimiento injusto justificante de la reclamación.

No parece que en principio haya de discutirse tanto el carácter de consumible de los alimentos como el hecho de que las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas derivadas de un procedimiento matrimonial tienen carácter constitutivo y no declarativo, de ahí que sus efectos se hayan de producir ex nunc, y por tanto sin retroacción. Éste es el criterio que en general se viene manteniendo en

las Audiencias del territorio nacional, habiendo las recurrentes citado algunas de ellas así como otras varias de otros tribunales, a las que podríamos añadir a título de ejemplo las Sentencias de 10 de febrero de 2009 y 26 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en las que se afirma el efecto no retroactivo habida cuenta del carácter consumible.

Por otro lado, este criterio general no está exento de posibles excepciones y no ya en los supuestos de abuso de derecho o mala fe, sino en otros que se han considerado en diversas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor.

Así, podemos referirnos a la Sentencia de 22 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Cádiz, que resolviendo un asunto en el que se planteaba el efecto retroactivo de la extinción de una pensión compensatoria, tras aludir a la regla general del carácter constitutivo, diferenció claramente entre los supuestos en los que se requiere para acordar la extinción de la medida una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender acreditada la circunstancia determinante al efecto (como podría ser una nueva convivencia o una mejora de fortuna), lo que impediría por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada (como el matrimonio o fallecimiento) y ello ya en relación a la pensión compensatoria o alimentos, en cuyo caso sí podría darse el efecto retroactivo.

En términos parecidos se pronunció la Sentencia de 5 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de Pamplona, que consideró que cuando la extinción de las obligaciones alimenticias resultare procedente en base a la existencia en momento anterior de una circunstancia manifiesta e indiscutible se podría producir una excepción a la regla general de no retroacción.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Granada en su Sentencia de 11 de septiembre de 2009 negó el efecto retroactivo más allá de la interpelación judicial en un supuesto en el que el obligado a pagar la pensión compensatoria lo habría seguido haciendo aun con conocimiento de la alteración sustancial.

Descartada la existencia de mala fe de las demandadas y ahora recurrentes, lo cierto es que existió una causa objetiva de extinción de las pensiones alimenticia y compensatoria, cual fue los matrimonios contraídos por ambas, siendo ésta una circunstancia que acreditada exime de cualquier valoración o elucubración, pues viene establecida expresamente en lo que a la pensión compensatoria se refiere en el artículo 101 del Código Civil y en lo que respecta a los alimentos puede racionalmente inferirse del artículo 152.3 de dicho cuerpo legal.

En este sentido, y analizando un caso similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23 de diciembre de 2004, citada por el actor, señaló que la carencia de causa que justificare la pensión de alimentos determinó un cobro de lo indebido constitutivo de un enriquecimiento injusto, figura esta respecto de lo cual nuestro Tribunal Supremo ha venido en algunas resoluciones recientes confirmando a la ausencia de causa un sentido no meramente formal sino material, señalando como esencial la inexistente justificación de desplazamiento patrimonial producido, de tal manera que la causa se desvanece con el hecho de no obedecer el pago a una relación obligacional; así, no es necesario que exista mala fe o un acto

ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (Sentencia 14 de diciembre de 1994) o, como dice la Sentencia de 18 de noviembre de 2005, ausencia de justificación en su origen por no haber razón legal o negocial que explique la desarmonía producida.

En suma, y sin desdeñar el criterio sentado en las resoluciones antes citadas, es a juicio de este Tribunal la vía del enriquecimiento injusto la más adecuada a los efectos de fundar el éxito de la pretensión.

Las recurrentes achacan al actor retraso desleal en orden al ejercicio de la acción, de manera que aun conociendo la nueva situación de su ex esposa e hija habría continuado abonando las pensiones de forma voluntaria, aserto que basan fundamentalmente en las declaraciones de Doña Almudena, quien supuestamente lo habría comunicado a su padre, lo que, como señaló el Sr. Juez de instancia y esta Sala comparte, no se ha de dar por probado, ya que ello no se compadece con la relación que se señala existía entre padre e hija, de ningún contacto e incluso de temor. Por otro lado, tampoco encaja bien que existiendo tan mala relación Don Luis, caso de conocer el hecho del matrimonio, hubiese continuado abonando las pensiones en lugar de reclamar de inmediato su cese.

Este Tribunal, en definitiva, refrenda los argumentos que se han puesto de relieve en la recurrida y que no han quedado desvirtuados en la presente alzada.

**No existe el incumplimiento de visitas por parte del padre alegado por la madre, dado que es el menor, hoy de catorce años, quien no quiere irse con el padre.**

### **AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 7 de octubre de 2010**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Francisco Carrillo Pozo**

La sentencia de esta Audiencia provincial de 1 de julio de 2008 fijaba definitivamente el régimen de visitas al menor Dídac —nacido en 1996— a cargo del señor José María. El 4 de noviembre de 2008 se insta su ejecución por la señora Lucía, madre del menor, alegando que el

padre no acudía a las visitas y que el niño estaba perdiendo el contacto con su éste. El 20 de noviembre se despacha ejecución. En su escrito de oposición, el ahora apelado pone de relieve la imposibilidad de cumplir por la sencilla razón de que el hijo no quiere ir con él, y es eso lo que

finalmente estima el auto apelado, recogiendo la doctrina sentada por esta Audiencia en Auto de 31 de mayo de 1998 y concluyendo que no cabe hablar de incumplimiento.

No existe en efecto voluntad incumplidora del señor José María, sino pura y simple imposibilidad objetiva de cumplir, y en ese sentido el recurso debe ser desestimado: Aquí no se trata ni de enjuiciar lo adecuado del régimen de visitas, ni de modificarlo, ni de valoraciones más profundas sobre por qué se ha llegado a una cierta situación afectiva, sino sólo de saber si se ha cumplido o no con el derecho-deber de realizar las previstas en la sentencia. En este contexto, es evidente que un menor de edad no se puede erigir en árbitro de sus propios intereses, porque ello desembocaría en una dinámica de consecuencias destructivas para él mismo: Interesa que desde una instancia objetiva se aprecie globalmente la realidad y se determine qué casa mejor con su superior interés. Pero no es menos cierto que estamos hablando de una persona —el visitando— de doce años en el momento en que ocurrieron los hechos, edad a la que se tiene una indudable conciencia de lo que se quiere y de lo que no, cuando la voluntad es algo

menos moldeable por influjos externos. Así las cosas: a) En el presente litigio el menor ha dejado bien claramente establecido que no encaja con el nuevo entorno familiar de su padre, y así lo puso de manifiesto en informe del SATAF de 29 de junio de 2009. b) Añádase a ello que el declarado incumplimiento (en diciembre de 2008) tiene lugar cuando ya se había producido la ruptura de las relaciones paterno-filiales: El mencionado informe refiere que hacía dos años que no existían. Encaja mal con esta afirmación la del recurso aseverando que nunca se había dicho nada sobre la voluntad de Dídac de no ir con el señor José María: La señora Lucía no podía ignorar el panorama. c) El padre vive en Palma de Mallorca, lo que dificulta aún más la regeneración de los vínculos afectivos.

Permanece en fin la idea de que no es posible llevarse a la fuerza a una persona que a día de hoy tiene catorce años —sin perjuicio de que la pérdida del referente paterno no sea lo mejor para él— y en ese sentido no cabe hablar de incumplimiento del régimen de visitas. Lo cual no es óbice para mantener la idoneidad de un seguimiento continuado por parte del SATAF.

**La demandante ha aceptado y reconocido haber recibido desde septiembre de 2007 a diciembre de 2008 una cantidad de dinero superior a la que venía obligado el padre, por lo que dicho exceso ha de imputarse a otras obligaciones alimenticias (pensiones o gastos extraordinarios) pues lo que no puede pretender la madre es percibir un plus de cobro que constituiría un enriquecimiento injusto contrario a derecho.**

### AP Castellón, Sec. 2.<sup>a</sup>, Auto de 1 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Eloísa Gómez Santana**

Contra el Auto de fecha 4 de mayo de 2010 por el que el juez de instancia acuerda estimar la oposición formulada por la representación procesal de Don Anselmo frente a la ejecución despachada a instancia de Doña Evangelina dejando sin efecto la ejecución despachada mediante Auto de 10 de diciembre de 2009, se alza la referida ejecutante interesando su revocación y que se dicte otro en su lugar por el que se inadmita la referida oposición petición que fundamenta en las propias razones expuestas en su escrito de contestación a la oposición formulada que

pueden resumirse en el hecho de que el juez de instancia ha incurrido en un error en cuanto a la valoración de la prueba practicada, pues lo que se está ejecutando es la sentencia de divorcio y no la sentencia de separación, siendo la primera de fecha 25 de marzo de 2009 y en la que se aprueba el convenio regulador suscrito entre las partes el 28 de enero de 2009, y la segunda de 21 de diciembre de 2005, no siendo procedente en consecuencia realizar compensación alguna respecto de las cantidades pagadas de más. Asimismo se queja la parte apelante de que el juez

a quo no ha entrado en consideraciones sobre los gastos extraordinarios reclamados por la demandante y a los que se opuso el demandado.

El examen de las actuaciones y resultado de la prueba practicada ponen de manifiesto la sinrazón del motivo del recurso desde el momento en que efectivamente tal y como razona el juez de instancia la demandante ha aceptado y reconocido haber recibido desde septiembre de 2007 a diciembre de 2008 una cantidad de dinero superior a la que venía obligado el Sr. Anselmo, cantidad que ascendía a 101,05 euros mensuales correspondientes a los gastos de comedor, además de la pensión alimenticia establecida de 316 euros mensuales. Dicho extremo consta acreditado a su vez por la prueba documental incorporada a los autos documentos núms. 3 al 13, consistentes en las transferencias mensuales realizadas por el Sr. Anselmo.

Partiendo de lo anterior, el motivo de recurso no puede ser estimado pues reclamándose en

la demanda 590,41 euros de gastos extraordinarios y 324 de pensión alimenticia del mes de octubre de 2009 lo que hace un total de 914,41 euros, el demandado ha satisfecho a fecha de presentación de la demanda una cantidad superior a la reclamada, cuantificada en 1.199,75 euros correspondiente al exceso abonado durante los 16 meses a que se ha hecho referencia. Dicho exceso ha de imputarse a otras obligaciones alimenticias (pensiones o gastos extraordinarios) pero lo que no puede pretender la recurrente es percibir un plus de cobro pues tal y como razona la resolución impugnada constituiría un enriquecimiento injusto contrario a derecho.

En virtud de lo expuesto no procede más que la confirmación del auto impugnado de cuyos razonamientos se desprende la acertada compensación realizada, así como la consideración implícita de la procedencia de los gastos extraordinarios reclamados, lo que hace inútil entrar en el segundo motivo de recurso.

## REGÍMENES ECONÓMICOS

La naturaleza ganancial de las acciones adquiridas constante el matrimonio sin que pueda estimarse la tesis del esposo en cuanto a que la compraventa encubría una donación, siendo intrascendente el posterior contrato de condonación del precio otorgado por los padres del esposo.

### AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia**

Es objeto del recurso la no inclusión en el activo de la partida correspondiente a 1.334 acciones de la mercantil Omega Elevator SA, cuya adquisición, a juicio de la recurrente, se produjo por escritura pública de venta otorgada el 11 de julio de 2001 y que la sentencia de instancia rechaza al considerar que en realidad no fueron adquiridas por la sociedad de gananciales, sino que los vendedores, padres del demandado, donaron las acciones a su hijo y por ello tienen carácter privativo y no ganancial.

Los argumentos del recurso se centran en la naturaleza ganancial de las acciones adquiridas, como consta en la propia escritura. En su caso, si se considera que el negocio jurídico

era una donación, lo sería asimismo en favor de la sociedad de gananciales. Afirma la recurrente que en la escritura posterior, en la cual se declara que la voluntad manifestada en la escritura de venta en realidad era una donación, adolece de un vicio de nulidad, al otorgarse sin concurrir una de las partes de la sociedad de gananciales. Finalmente refiere cómo el esgrimido argumento que explica la simulación en un supuesto beneficio fiscal no es tal, pues a su juicio la donación sería contraproducente en ese aspecto.

Una somera relación de los hechos, deducida de las pruebas documentales aportadas por las partes, pone de relieve lo siguiente:

Por escritura pública fechada el 11 de julio de 2011, autorizada en Vitoria por el notario Don Juan García Jalón, Don Juan José y Doña María Victoria, padres de Don Víctor Manuel, vendieron a éste 1.334 acciones de la sociedad Omega Elevator SA, por precio de 175.038,09 euros, que debían pagarse antes de julio de 2011. En la escritura consta que Don Víctor Manuel se encuentra casado en régimen de gananciales con Doña Herminia y que «compra para su sociedad de gananciales». También se menciona en la escritura la autorización social para la venta de las acciones y la venta de un número igual de acciones en favor de un hermano de Don Víctor Manuel.

Doña Herminia interpuso demanda de divorcio frente a Don Víctor Manuel en julio de 2007, con la consiguiente solicitud de medidas cautelares. El 2 de octubre de 2007, los otorgantes de la anterior escritura de compraventa, otorgan nueva escritura ante el notario de Vitoria Don Enrique Arana, de «complemento y aclaración», en la cual manifiestan su voluntad de reconocer que la anterior venta en realidad era una donación, habiendo transcurrido seis años, sin haberse satisfecho el precio, el cual en realidad los vendedores no tenían intención de cobrar y por ello condonan el precio aplazado (175.038,09 euros) y los donatarios aceptan la donación.

Ahora la recurrente, que afirma no tener conocimiento de la segunda escritura hasta la vista en el procedimiento de liquidación de la sociedad económico-matrimonial, reclama el carácter ganancial de dichas acciones y la necesidad de incluirlas como parte del activo en la liquidación.

Los argumentos de la sentencia de instancia, donde se asume la simulación del contrato de compraventa y el efecto jurídico del negocio que se dice disimulado, no pueden ser admitidos en orden a la conclusión perjudicial precisamente para quien ha permanecido personalmente al margen del negocio, aunque adquirió derechos en el primero de ellos, pues su nombre aparece en la escritura, así como su condición de esposa de uno de los compradores y la manifestación de voluntad de éste de que la adquisición de la titularidad lo era para la sociedad de

gananciales. Contrato de compraventa y traditio conforman la estructura esencial en la adquisición de la propiedad y demás derechos reales, artículo 609 del Código Civil. Admitir que el primer negocio es simulado supone hacer supuesto de la cuestión sin previamente abundar las pruebas y las razones tanto jurídicas como de hecho expresadas por la recurrente, pues en cualquier caso, como ponen de relieve las SSTS de 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993, 19 de junio de 1997, y 21 de septiembre de 1998, entre otras, la constitución de tal simulación es una cuestión de hecho. Y como tal, debe entenderse sometida a la libre apreciación de los Tribunales. Lo cual diferencia la simulación relativa de la absoluta, pues esta segunda supone la nulidad del negocio simulado y conforma una cuestión jurídica susceptible de control casacional, mientras que las cuestiones de hecho no lo son.

La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la simulación contractual relativa se caracteriza por la aparente celebración de un contrato con causa falsa, y con la intención de celebrar real y efectivamente otro distinto (contrato disimulado), con causa verdadera y válida (artículo 1276 CC), de manera que un convenio, con inexistencia real, encubre otro con realidad causal. En la simulación absoluta no hay contrato, por falta de causa. En la simulación relativa, existe un contrato real con causa cierta, pero distinto del que las partes han querido hacer ver (contrato simulado), SSTS de 21 de julio de 1997, de 31 de diciembre de 1999, de 6 de junio de 2000, de 20 de octubre de 2005, entre otras muchas.

El demandado adquirió las acciones en favor de la sociedad de gananciales y comprometió la correspondiente contraprestación, el precio aplazado, artículos 1362 y 1370 del Código Civil. Si después pretende hacer valer frente a la esposa la existencia de un contrato simulado que dejaría sin efecto esa adquisición, sin perjuicio de valorar la eficacia del título esgrimido por la recurrente y, en cualquier caso, la adquisición del mismo como poseedora de buena fe, artículo 464 del Código Civil, deberá ante todo acreditarse la realidad de esa simulación, para después deducir cuál sería la transcendencia jurídica del acto

que pretende justificar la simulación, incluida la propia responsabilidad del otorgante ex artículo 1378 del Código Civil. El hecho mismo de la simulación es difícilmente constatable con prueba directa y se debe recurrir a las presunciones mediante la verificación de ciertos hechos que en su conjunto revelen que el negocio celebrado es, como tal, inexistente. De donde no puede deducirse, sin más, la existencia de la simulación es precisamente de la declaración de voluntad manifestada por los interesados para modificar el primer contrato, pues otorgan una escritura para desdecir sus propias declaraciones precedentes, y lo hacen una vez producido un hecho de relevancia cual es la presentación de una demanda de divorcio cuyo efecto determinará la extinción de la sociedad de gananciales y puede causar la adopción de medidas cautelares o previas en relación con los bienes y cargas propias del matrimonio. Además la referida modificación se produce cuando todavía no había pasado el tiempo estipulado para el pago. En la escritura posterior se condona el precio, lo cual situaría en ese momento, no en el del otorgamiento de la compraventa, la donación del precio. Por tanto no se donan las acciones que coherentemente se reconocen ya transmitidas, pues en otro caso carece de fundamento la condonación del precio. Confusamente se añade asimismo en la escritura de 2 de octubre de 2007 una aceptación de la donación que no puede referirse propiamente a las acciones, sino precisamente a la condonación del precio. Si se condona el precio no puede al mismo tiempo pretenderse alterar la causa de la transmisión efectuada en la primera escritura de compraventa. Cualquier renuncia o simple modificación de la primera escritura de compraventa que suponga un gravamen o renuncia a un derecho ganancial debe realizarse con el consentimiento expreso de ambos cónyuges. Consentimiento que en ningún caso puede entenderse otorgado por representación cuando ya media una demanda de divorcio. Con independencia del negocio de transmisión de las acciones, la relación entre partes viene marcada por la expresa manifestación de que se adquiere para la sociedad de gananciales, artículo 1355 del Código Civil, lo cual impide al demandado frente a su esposa oponer ahora que esos bienes no eran gananciales.

Por ello, la valoración de la prueba y la deducción presuntiva de que la declaración de voluntad manifestada en el primer contrato no se ajustaba a la voluntad real, y que ésta lo era en relación a un negocio distinto, conforme a lo establecido en el artículo 386 LEC, conduce a una conclusión distinta y contraria a lo pretendido, pues desde el examen de la escritura otorgada el 2 de octubre de 2007 podemos estimar que la voluntad real de esa escritura no es otra sino la de modificar apresuradamente, ante la demanda de divorcio y sus posibles consecuencias económicas, precisamente la primera, y con ello extraer de la relación a la Sra. Herminia. Frente a ello la mera afirmación de que se simuló el primer contrato no se sustenta en la apariencia de los hechos, por cuanto además la justificación de la simulación en razones fiscales carece asimismo de base material constatada, pues no se acredita cuál fue el beneficio fiscal derivado, teniendo en cuenta el régimen fiscal de las donaciones entre parientes en línea directa. De otra parte, de querer excluir a la Sra. Herminia, bien pudo formalizarse la compraventa sobre la base de una adquisición a título privativo, manifestando que el dinero empleado en esa adquisición sería de esa naturaleza. En definitiva la utilidad y justificación del negocio simulado no se acredita, y por ello no cabe deducir esa voluntad presunta distinta a la manifestada por el demandado en la escritura de compraventa.

Es cierto que las partes en un negocio pueden disponer libremente del mismo, renunciar, ceder o simplemente modificar sus efectos, sin embargo cuando esas alteraciones afectan a un tercero, la capacidad de disposición de los contratantes aparece ya limitada y desde luego la invocación de la simulación en nada puede perjudicar ese derecho. Reiteramos que si ahora se ha condonado la deuda (debe entenderse de la sociedad de gananciales) no puede decirse que lo anterior era una donación. La condonación requiere la previa existencia de la obligación y, si es tal, realmente la adquisición se produjo a título oneroso. Es incompatible mantener la condonación del precio y la donación como dos declaraciones de voluntad en relación con la transmisión del mismo objeto.

Es correcta la inclusión en el pasivo de un crédito de la demandada contra la sociedad ganancial por el importe de lo pagado en las reparaciones de la casa común, por ser gastos de la propiedad y no del mero usuario, aunque lo sea a título de usufructuario.

**AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

Pasivo. Inclusión como pasivo de la comunidad ganancial de los gastos de reparación y conservación de la vivienda común pagados por la esposa.

Partiendo de la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, existe acuerdo en que los gastos extraordinarios y por obras o reparaciones, se refieren a la propiedad y deben de ser atendidos por ambos propietarios o por el propietario exclusivo del inmueble (SSAP de Vizcaya, Sección 4.ª de 1 de noviembre de 2005, Barcelona, Sección 12 de 19 de diciembre de 2007 y de 27 de octubre de 2004). Al respecto procede recordar el criterio del TS, Sala Primera, de lo Civil, 25 de mayo de 2005: «El motivo primero del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 1396.3 del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha excluido del pasivo del inventario la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda conyugal, con base en que la recurrente “es la única que viene usando y disfrutando de la citada vivienda y de sus servicios y suministros”, sin embargo esta explicación carece de apoyo legal, pues, según el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento— se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los

comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos».

Una específica mención merece el pago de las cuotas de la comunidad de propietarios a los efectos del artículo 9 LPH. En principio procede distinguir entre: «las cuotas ordinarias», que se refieren a meros gastos de mantenimiento y conservación del inmueble, así como de limpieza, ascensor, luz, agua comunitaria, etc., que se deben abonar por el cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda, de las «cuotas extraordinarias» que se refieren a arreglos de fachada, tejado, cambio de ascensor, etc., que se refieren a la propiedad y que afectan al valor y existencia del inmueble, por lo que deben de ser abonados por los propietarios del inmueble y en proporción a su propiedad. En relación con esta cuestión puede considerarse por analogía lo dispuesto en el artículo 501 CCV. En nuestro caso, es claro que los gastos de la vivienda, (propiedad al 50% en pro indiviso de los dos litigantes), tratándose de gastos que según certificación obrante en la causa, se refieren a conceptos extraordinarios que no son ni previstos, ni periódicos como: fachada, tejado, terraza comunitaria, ascensor, cambio de TDT o porteros automáticos, deben ser abonados por ambos propietarios en función de su cuota de propiedad.

En definitiva, es correcta la inclusión en el pasivo de un crédito de la demandada contra la sociedad ganancial por el importe de lo pagado en las referidas reparaciones de la casa común, por ser gastos de la propiedad y no del mero usuario, aunque lo sea a título de usufructuario. Ahora bien, aun cuando el crédito se incluye en su totalidad (4.469,42 euros), es claro que en su

adjudicación y liquidación deberá de liquidarse al 50%. Es decir, de ese importe la mitad corresponde a la esposa y la otra mitad al esposo, ya que en el inventario el crédito en contra la

sociedad ganancial que es lo que se está liquidando, pero en su adjudicación será por mitad entre ambos esposos. Se desestima este motivo de impugnación.

Se deniega la indemnización del artículo 1438 del CC en base a que, si bien es cierto es que la esposa se ha ocupado del cuidado de las hijas y del hogar con ayuda del servicio doméstico, no es menos cierto que pudo compatibilizarlo con su profesión de pintora e impartir clases en su estudio, y, por otro lado, que junto al notable nivel de vida se adquirieron dos inmuebles —que se titularizaron *pro indiviso*— sin duda gracias a los ingresos del esposo, pues, como la propia esposa reconoce, sus ingresos y aportaciones han sido discretas.

### AP Castellón, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 22 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco

Por último se insiste en una indemnización alzada de 200.000 euros al amparo del artículo 1438 CC.

Sobre este tipo de compensaciones, dijimos en SAP de Castellón de esta Sec. 2.<sup>a</sup> de 22 de octubre de 2002 debe cuidarse el no incurrir en una duplicidad de prestaciones derivadas la misma razón de ser, como han puesto de manifiesto diversas resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre el particular Sentencias de la AP de Murcia de 15 de junio de 1998 y de la Sección 12 de la AP de Barcelona de 23 de febrero de 1998.

Sin embargo, cabe deslindar la compensación prevista en el artículo 97 CC para cualquier régimen económico-matrimonial, de la del artículo 1438 CC prevista para el régimen de separación de bienes, así como las diferentes razones de una y de otra.

Ya la SAP de Toledo Sec. 1.<sup>a</sup> de 9 de noviembre de 1999 razonaba: Así, pese a que ambos preceptos (artículos 1438 y 97 del Código Civil) parten de una premisa fáctica que presenta coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión «dedicación a la familia» es equivalente en términos esenciales a la de «trabaja para el hogar») el fundamento de una y otra es distinto en esencia.

La pensión compensatoria no sólo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimo-

nial, cualquiera que fuera aquél) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia, y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica.

En este sentido la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo.

En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial pueda generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

En idéntico sentido la SAP de Valencia, Sec. 9.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2001 discurriendo:

«... la compensación regulada en el artículo 1438 del Código Civil exige que el régimen económico que rige el matrimonio sea el de separación de bienes y que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, lo que sí sucede —y supone un importante desembolso económico— cuando es una tercera persona la que lo ejecuta (empleada de hogar), y esta dedicación y falta de ingresos, priva o limita las posibilidades de obtener unos ingresos económicos que le permitan formar su patrimonio privativo e incluso acceder con posterioridad al mercado de trabajo, contrariamente a lo que le ocurre al otro consorte, que hace suyos exclusivamente, todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código Civil, al indicar que en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título.

Y todo ello porque no debemos olvidar que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación, en mayor medida, si cabe, en los primeros años de vida de los niños. Ante esta coyuntura corresponde a ambos progenitores optar por el sistema que consideren más acertado para hacer frente a ello. Pueden decidir que sean ambos, quienes de forma conjunta e igualitaria realicen tales tareas en su totalidad repartiendo entre ambos el tiempo y el esfuerzo que ello exija, limitando o reduciendo los dos su posible dedicación horaria, de formación y de proyección profesional. Pueden igualmente elegir que en algunas o en todas las tareas indicadas les auxilien terceras personas, con lo que los gastos familiares se verán incrementados de forma notable al tener que sufragar sus salarios, o bien pueden optar por que sea uno de ellos el que asuma las obligaciones materiales que el cuidado, educación de los hijos y demás atenciones de la familia exigen, incluso abandonando su actividad laboral y su correlativa formación y proyección profesional, situación en la que no se le atribuye ninguna retribución.

Cuando se opta por el último de los sistemas, la asunción de tales obligaciones familiares por uno de los progenitores, el otro consorte, se ve liberado en gran medida de ellas, lo que le permite dedicar un mayor tiempo y esfuerzo a su formación, proyección y desarrollo profesional, que a su vez va a redundar en una mejor situación profesional y mayores ingresos que, en gran proporción va a hacer suyos de forma exclusiva, contrariamente a lo ocurre en el régimen de gananciales, en el que el patrimonio que se va acumulando se hace común entre los esposos».

En este caso ha sido denegada por el juzgador de primer grado en base a que, si bien es cierto es que la Sra. Olga se ha ocupado del cuidado de las hijas y del hogar con ayuda del servicio doméstico, no es menos cierto que ello se pudo compatibilizar con su profesión de pintora e impartir clases en su estudio, y, por otro lado, que junto al notable nivel de vida se adquirieron dos inmuebles —que se titularizaron pro indiviso— sin duda gracias a los ingresos del Sr. Diego, pues como la propia Sra. Olga plantea, sus ingresos y aportaciones han sido discretas.

Es decir, lo que haya podido aportar de más la Sra. Olga en el hogar mientras su esposo trabaja en gran medida, puede entenderse compensado con lo disfrutado de un nivel de vida posible por los ingresos no de ella, más el hecho de ser doble titular en condominio inmobiliario. Es dudoso que la Sra. Olga pudiera haber adquirido esos inmuebles con los rendimientos de su profesión.

Es sólo posible —como se dijo— que la Sra. Olga hubiere prestado más atención a su carrera profesional de no haberse sentido confiada por la «vida arreglada» que podía augurar en un futuro compartido con su esposo, pero ello no puede suponer que deba ser compensado por ello ni por no haber invertido en potenciar sus propios recursos, aunque no otra cosa serían las exposiciones de su obra pictórica que según ellas eran costeadas por el esposo y de donde no se obtenían rendimiento apreciable. Otro tanto ocurre con su estudio de pintura del casco viejo de Oropesa.

Es correcta la no apreciación de indemnización de la sentencia apelada.

La homologación judicial, en un proceso de divorcio, de la errónea calificación del régimen económico matrimonial no puede cambiar su verdadera naturaleza. El régimen económico del matrimonio es el que es y si los cónyuges por un error, de ellos mismos o de su asistencia letrada, declararon en un convenio regulador que su régimen económico es otro distinto, dicha manifestación, aun cuando forme parte del convenio regulador aprobado por sentencia, no es más que una mera manifestación que no cambia ni determina la naturaleza del régimen económico.

**AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Auto de 21 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María Dolores Viñas Maestre**

La presente demanda cuya admisión ha sido denegada por el Juez *a quo*, tiene por objeto la modificación de una de las manifestaciones contenidas en el convenio regulador de divorcio aprobado por Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009 en la que ambos esposos declaran que el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales. En el presente procedimiento de modificación lo que se pretende es sustituir dicha manifestación por la siguiente «que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes regulado en el Codi de Família de Catalunya...». Sorprenden en primer lugar las alegaciones contenidas en el recurso relativas a la nulidad de la manifestación efectuada por ambas partes en el convenio y a la no apreciación por parte del Juez que aprobó el mismo. Se trata de una mera declaración, cuya aprobación por parte de la sentencia no determina el régimen económico matrimonial. Tal como señala el Auto apela-

do, la homologación judicial, en un proceso de divorcio, de la errónea calificación del régimen económico matrimonial no puede cambiar su verdadera naturaleza. El régimen económico del matrimonio es el que es y si los cónyuges por un error, de ellos mismos o de su asistencia letrada, declararon en un convenio regulador que su régimen económico es otro distinto, dicha manifestación, aun cuando forme parte del convenio regulador aprobado por sentencia no es más que una mera manifestación que no cambia ni determina la naturaleza del régimen económico.

Dicho lo anterior, resulta obvio que el presente procedimiento de modificación, conforme a lo que dispone el artículo 775 de la LEC, no puede tener por objeto la rectificación de errores, que no tienen como base una modificación ulterior de circunstancias, sin perjuicio de que puedan solicitar la rectificación de error material padecido.

La máquina aparece en el permiso de circulación como de titularidad de una sociedad pero la titularidad administrativa de un bien no determina la material de dominio. El crédito de financiación para su adquisición fue suscrito por la esposa y giradas a cuenta de su titularidad las cuotas para su amortización, por lo que procede su inclusión en el activo.

**AP Asturias, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 18 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso**

Motivo único de recurso lo constituye la declaración de la sentencia de la instancia de incluir en el activo del haber ganancial el vehículo Renault ... KFF. Por el contrario, sostiene el demandado y recurrente que la máquina

pertenece a la sociedad «Autos Arquera, SL», en cuyo capital social participa al 50% junto con el Señor Amadeo, siendo a su vez dicha sociedad deudora de la sociedad ganancial por la suma de 8.367 euros satisfecha para la amor-

tización del crédito de financiación para su adquisición.

A juicio del recurrente el vehículo no integra el haber ganancial como resulta de la inscripción administrativa a su nombre y que así lo reconoció la propia demandante y no es posible que se dicte resolución en perjuicio de tercero no interviniente en el proceso.

El recurso se desestima.

La demandante no reconoció como de propiedad de la sociedad el vehículo, sino sólo que como tal constaba a su nombre y es cierto que la tan dicha máquina aparece en el permiso de circulación como de titularidad de la sociedad y que la demandante, al suscribir el seguro para su circulación en calidad de tomadora, identificó a aquélla como su propietaria, pero también lo es (y esto es harto sabido) que la titularidad administrativa de un bien no determina la material de dominio, que el crédito de financiación para su adquisición fue suscrito por la actora y giradas a cuenta de su titularidad las cuotas para su amortización, incluso obra al folio 35 factura a su nombre para reparación del vehículo; circunstancias todas que con buena lógica dan pie al tribunal de la instancia a declarar como de propiedad del haber ganancial el tan dicho vehículo ante la sorprendente circunstancia de que ni una ni otra parte aportan el contrato de adquisición.

Aún más, en el acto del juicio, al ser interrogado, declaró el recurrente que el vehículo era de la sociedad estando arrendado a la sociedad ganancial el uso por precio igual a las cuotas de amortización del préstamo y supuesto en el cual, entonces, de ser cierto, carecería de sentido pretender como activo de la sociedad ganancial frente a la mercantil la suma correspondiente a esa amortización y, en segundo lugar, y de otro lado, que tanto el auto de medidas provisionales de 4 de agosto de 2008 como la Sentencia matrimonial de 6 de noviembre de 2008 declaran el vehículo como de propiedad de la sociedad ganancial, imponiendo a una y otra parte contribuir a la amortización del préstamo para su adquisición, sin que conste protesta del recurrente.

Y sobre que la declaración de propiedad encuentra obstáculo insalvable en el interés de un tercero basta decir que aun cuando la regulación de la liquidación del régimen económico matrimonial no contenga expresa previsión de que lo resuelto no afecta al interés de terceros como así, por el contrario, declara el artículo 794.4 LEC para la división de patrimonios hereditarios, a igual resultado se llega, como no podía ser de otro modo, a través del régimen de la cosa juzgada dispuesto en el artículo 222.3 y 4 LEC.

**La vivienda que ha venido siendo el domicilio habitual del matrimonio es en principio propiedad de los titulares del terreno donde se ha edificado, padres del actor, habiéndola recibido éste por herencia, por lo que está excluida del activo de la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de crédito que pudiera tener la sociedad conyugal frente a los propietarios por las obras realizadas.**

## **AP Murcia, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 7 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

En el recurso de apelación interpuesto en nombre de Doña Marisol se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra en los términos que resultan de las alegaciones que se exponen. Se alega error en la apreciación de las pruebas en relación con lo afirmado en instancia en cuanto al carácter privativo, y por tanto propiedad del actor, de la vivienda, sita en el núm. 63, del Carril de los Auroras, de

la localidad de El Palmar, Murcia; que se ha interpretado erróneamente el contenido de los documentos 30 y 31, relativos al informe técnico y a la escritura de partición de herencia del padre del actor; que en esta escritura no se hace mención a que existieran viviendas o construcciones propiedad del causante; en que los herederos tenían claro que los hermanos, José Antonio y Agustín habían construido, una vez casados, sus

propias casas y que las viviendas pertenecían a ellos y a sus esposas; se hace mención a la información catastral, documento núm. 3, de los aportados por el actor; en que la parte apelante ha mantenido desde el primer momento que la vivienda antes referida fue reconstruida constante matrimonio, con el consentimiento del padre del actor; se indica que las obras se iniciaron en el año 1980 y que en el año 1982 aún no se habían acabado; se hace mención a los albaranes y facturas aportadas, que pidieron un préstamo para financiar las obras a la entidad Caja de Ahorros de Alicante y Murcia, habiéndose aportado las letras de amortización; que la escritura de declaración de obra nueva y extinción del condominio se hizo de mala fe, a espaldas y sin consentimiento de la esposa. Se alega error en la aplicación de los artículos 1359, 353 y 358 y error por inaplicación de los artículos 361 y 1361 del Código Civil.

La sentencia de instancia afirma que la vivienda, situada en el núm. 63, del Carril de los Auroras, de El Palmar, Murcia, es privativa del actor, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1346.2 del Código Civil, y ello con base en lo afirmado en el Informe Técnico de fecha 4 de noviembre de 1994, en el que se hace constar que la finca es propiedad de los herederos de Don Benjamín y Doña Rosaura, con mención a que aparecen dos viviendas, una, de tipo A, y otra de tipo B; a lo referido en la escritura de fecha 22 de marzo de 1996 de declaración de obra nueva y extinción del condominio, por la que se divide la finca recibida por herencia de sus padres; no se acepta lo alegado por la parte demandada, relativo a que la vivienda fuera reconstruida totalmente constante matrimonio, pues en la licencia de obras de 1980 se refiere a un enlucido de fachada; que las reformas efectuadas en la vivienda en los años 1980 y 1982 fueron en el momento en que la vivienda y el trozo de terreno donde se levantaba era propiedad de los padres del actor, refiriéndose los artículos 353 y 358 del Código Civil. En definitiva, se sostiene que la vivienda que ha venido siendo el domicilio habitual del matrimonio es en principio propiedad de los titulares del terreno donde se ha edificado, padres del actor, habiéndola recibido éste por herencia, por lo que está excluida del activo de la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de crédito que pudiera tener la sociedad conyugal frente a los propietarios.

Que la vivienda objeto de controversia está inscrita en el Registro de la Propiedad, con número 14.609, figurando como titular de pleno dominio, Don Agustín, con carácter privativo por adjudicación en extinción de comunidad, en virtud de escritura de fecha 10 de mayo de 1996, folio 149. En la escritura de declaración de obra nueva y extinción del condominio, de fecha 10 de mayo de 1996, se refiere que los comparecientes, Don José Antonio y Don Agustín, son dueños cada uno de ellos de una mitad indivisa, y entre ellos del pleno dominio, con carácter privativo de una finca, con una extensión, según reciente medición de 526 m<sup>2</sup>, con número registral 3.317, que les pertenece por adjudicación a su favor en herencia causada por el fallecimiento el 30 de octubre de 1994 de su padre, Don Benjamín, formalizada en escritura de fecha 22 de marzo de 1996, indicándose que los comparecientes, con dinero exclusivo de su propiedad, llevaron a cabo la construcción de una edificación, consistente en un edificio de planta baja, compuesta por dos viviendas, una tipo A y otra tipo B, siendo adjudicada la tipo A a Don Agustín, folios 10 a 12. El documento número 3 se refiere a una certificación catastral, de fecha 17 de noviembre de 1999, en la que se indica que Don Agustín figura como titular catastral de un inmueble, con una superficie de solar de 268 m<sup>2</sup>, y con una superficie construida de 109 m<sup>2</sup>, y con fecha de la construcción el año 1945, folio 14. Obra en los autos informe técnico de medición de superficie de una finca, de fecha 4 de noviembre de 1994, indicándose, entre otros particulares, que se trata de una finca propiedad de los herederos de Don Benjamín y Doña Rosaura, en parte edificado, con una medición de 526,06 m<sup>2</sup>, con una planta baja única y con dos viviendas. En la escritura de partición de herencia de fecha 22 de marzo de 1996 comparecen Doña Rosaura y sus hijos, refiriéndose, entre otros extremos, que Don Benjamín falleció el 30 de octubre de 1994, describiéndose en el apartado 1 —INVENTARIO Y AVALÚO— un trozo de tierra, de cuatro áreas y 67 centiáreas, finca registral 3317, adjudicándose esta finca a Don Agustín y a Don José Antonio.

En la comparecencia celebrada en fecha 16 de febrero de 2010, folio 36, por la defensa de Doña Marisol, se sostuvo que la vivienda, sita en el Carril de los Auroras, núm. 36, de la localidad de El Palmar, Murcia, era ganancial, o en su defecto que se indemnizara por la mitad del valor de la vivienda, y en el escrito presentado en la misma fecha se indicaba que la vivienda había sido reconstruida totalmente constante matrimonio de Doña Marisol y Don Agustín, por lo que la vivienda era ganancial, aportándose una licencia de obra, documento núm. 1, y facturas y albaranes, documentos 2 a 29. En relación con estos documentos hay que indicar que la licencia de obras es de fecha 27 de agosto de 1980, y se refiere a un enlucido de fachada, y los documentos, con fechas comprendidas entre el 23 de mayo de 1980 y 21 de diciembre de 1982, se refieren a materiales de construcción en los que figuran como destinatario Canario y Agustín, resultando que la valoración de estos documentos es insuficiente para poder afirmar que la vivienda es ganancial y que fue totalmente reconstruida constante matrimonio. Asimismo, de los extractos de movimientos de las cuentas y de los recibos de amortización de préstamos, de fecha éstos comprendidas entre 1982 y 1988, tampoco se puede afirmar que el importe de dichos préstamos hubiera sido destinado íntegramente a la reconstrucción de la vivienda. Resulta, pues, que las obras de reforma que se refieren por la parte apelante tuvieron lugar en fecha en que el terre-

no, en que se ubica la vivienda, objeto de controversia, pertenecía al padre del actor, fallecido, Don Benjamín en el año 1994, siendo después heredado dicho terreno por Don Agustín.

A la vista de los anteriores particulares se acepta lo razonado en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, pues, en efecto, no se puede incluir la vivienda en el activo de la sociedad de gananciales, ello tras tomar en consideración los títulos aportados por Don Agustín y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1359 del Código Civil, ello sin perjuicio del derecho de crédito que la sociedad conyugal pudiera ostentar en base a lo dispuesto en este precepto. No se aprecia, pues, error en la valoración de las pruebas ni infracción por aplicación errónea de los artículos 1359, 353 y 358 del Código Civil, ni infracción por inaplicación del artículo 1361 del Código Civil, pues la presunción de ganancialidad se considera desvirtuada por la propia inscripción registral de la vivienda, en condición de privativa, a nombre de Don Agustín; por los demás títulos aportados, relativos a partición de herencia y declaración de obra nueva, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1359 del Código Civil. No hay lugar a incluir, por tanto, la vivienda en el activo de la sociedad de gananciales ni tampoco a que sea indemnizada la parte apelante por la mitad del valor, pues no se considera ganancial ni se ha acreditado que se hubiera construido totalmente la vivienda durante el matrimonio.

**Carece de sentido práctico una administración compartida del negocio común ya que el grado de conflictividad existente entre las partes llevaría a una situación de difícil salida para éste.**

### **AP Zaragoza, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 5 de octubre de 2010**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescos**

En cuanto a la primera cuestión la pensión alimenticia se fija en la cantidad de 240 euros mensuales para los dos hijos comunes Miguel Ángel y Ariadna, de 9 y 5 años de edad, se trata de una pensión de mínimos, no constando que el recurrente carezca de ingresos como para no poder atender sus propias necesidades caso de satisfacerla (artículo 154 del Código

Civil) debiéndose esforzar en el cumplimiento de sus obligaciones como progenitor sin que sea adecuado trasladar únicamente dicha responsabilidad a la progenitora custodia, tiene igualmente sus necesidades de habitación cubiertas y ha trabajado recientemente, por lo expuesto procede confirmar la sentencia en este apartado.

En cuanto a la administración del negocio, sin prejuzgar su titularidad parece adecuado el mantenimiento de su atribución a la recurrida como persona más adecuada en este momento para llevarla a efecto, careciendo de sentido práctico una administración compartida que

como acertadamente considera el Juzgador de instancia, dado el grado de conflictividad existente entre las partes, llevaría a una situación de difícil salida para el mismo, lo que redundaría en perjuicio de las partes y de sus hijos. Se confirma la sentencia igualmente en este apartado.

**El mero hecho de que uno de los cónyuges ingrese en una cuenta común una suma importante de dinero no implica la renuncia a su naturaleza privativa. Convicción que no se ve desvirtuada por el hecho de que al adquirir el inmueble se haga de forma conjunta por ambos litigantes. En definitiva estamos ante la adquisición y pago con dinero privativo de un bien de carácter ganancial, teniendo derecho el cónyuge que lo realiza al reintegro, con cargo a la sociedad de gananciales de las cantidades abonadas.**

### AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez**

Por lo que se refiere al crédito de Don Luis Andrés frente a la sociedad de gananciales por importe de 309.685,81 euros, coste de adquisición de la vivienda familiar de la CALLE000 de esta ciudad; y 38.249 euros por la adquisición del coche Chrysler, la apelante admite que esos bienes, incluidos en el activo de la sociedad como gananciales, se abonan con dinero recibido por Don Luis Andrés vía hereditaria, en consecuencia de naturaleza privativa, si bien propugna que, ese carácter privativo se ve desvirtuado al ingresarse en una cuenta común de ambos cónyuges, pasando por voluntad propia de su titular a tener carácter ganancial a tenor de lo dispuesto en el artículo 1355 del Código Civil. Acto propio del que no puede desligarse en estos momentos.

Un nuevo examen de las actuaciones de instancia nos lleva al rechazo de este motivo del recurso. El mero hecho de que uno de los cónyuges ingrese en una cuenta común una suma importante de dinero no implica la renuncia a su naturaleza, privativa o ganancial, habrá que estar al origen del mismo, en este caso ya hemos dicho que privativo conforme dispone el artículo 1346 núm. 2 del Código Civil. Tampoco permite, *per se*, presumir una donación de todo o parte del mismo ni una predisposición a mantener la titularidad compartida. Como razona la juzgadora de instancia la titularidad conjunta de una cuenta corriente crea la apariencia de que el

dinero allí depositado pertenece por partes iguales a todos los titulares. Ahora bien esa presunción es de naturaleza *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario. De hecho en el caso de autos queda plenamente acreditado el carácter privativo de ese dinero, así como de la voluntad del apelado de mantener ese carácter privativo y así lo demuestra el poco tiempo que el mismo permanece en la cuenta común, ya que después de adquirido el piso, el apelado dispuso de cantidades importantes tanto para la adquisición de títulos valores a nombre privativo como en otras imposiciones a plazo fijo.

Convicción que no se ve desvirtuada por el hecho de que al adquirir el inmueble se haga de forma conjunta por ambos litigantes y que se diga que se lleva a cabo para la sociedad de gananciales. Esas manifestaciones tan sólo afectan al carácter ganancial del inmueble que se adquiere pero no hace referencia alguna al origen del dinero, hallándonos en el supuesto regulado en los artículos 1358 y 1364 del Código Civil. En definitiva estamos ante la adquisición y pago con dinero privativo de un bien de carácter ganancial, teniendo derecho el cónyuge que lo realiza al reintegro, con cargo a la sociedad de gananciales de las cantidades abonadas. En análogos términos se pronunció esta Sala en las Sentencias de 13 de julio de 2009 y muy recientemente en la de 9 de septiembre de 2010.

## PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La pretensión que articula con su recurso resulta inacogible, pues debió ser en aquel momento en el que se le posibilitó ser oída cuando debería haber alegado y acreditado lo que entendiera era procedente respecto al acogimiento familiar. Pudo y se le dio oportunidad de ser oída, incluso de haberse opuesto si consideraba que podía hacerlo, pero no acudió cuando fue citada.

### AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Auto de 27 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

Se acuerda en el auto que recurre la madre biológica, el acogimiento familiar del menor, tras haberse cumplido todos los trámites legales, se ha oído al acogedor, al padre biológico que no se ha opuesto y se ha citado a la madre hoy apelante para ser oída sin que compareciera el día 12 de enero de 2010, por lo que la pretensión que articula con su recurso resulta inacogible, pues debió ser en aquel momento en el que se le posibilitó ser oída cuando debería haber alegado y acreditado lo que entendiera era procedente respecto al acogimiento familiar, pudo y se le dio oportunidad de ser oída, incluso de haberse opuesto si consi-

deraba que podía hacerlo, pero no acudió cuando fue citada, lo que debe entenderse bien como que no se opone, porque efectivamente no se opuso, bien como un asentimiento tácito, y en todo caso que nada quería decir sobre la cuestión del acogimiento familiar del menor; por tanto no hay ningún motivo para que pueda revocarse la resolución y dejar sin efecto el acogimiento permanente, pues ninguna referencia se recoge en el recurso respecto a la incomparecencia a la citación judicial que resulta incompatible con lo que ahora pretende la apelante. No se hace pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Se declara la nulidad del procedimiento de oposición al desamparo al no haberse dado traslado de los autos al padre de la menor.

### AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Sentencia de 25 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María Dolores Viñas Maestre**

La presente apelación trae causa de la oposición formulada por Doña Vicenta, madre de la menor Yannis, nacida el 6 de enero de 2006, contra las resoluciones de desamparo dictadas por la entidad pública competente en materia de protección de menores, la DGAIA. Las resoluciones que han sido objeto de impugnación son la de fecha 14 de febrero de 2008 que declara el desamparo de la menor y su ingreso en un centro de acogida, la de 13 de marzo de 2008 que manteniendo la tutela otorga la guarda a la madre y el régimen de visitas a favor del padre estipulado en el convenio regulador de separación y la de 21 de mayo de 2008 que acuerda como medida de protección la atención en la propia familia,

dejando sin efecto las medidas vigentes actuales. En el procedimiento no ha tenido intervención alguna el padre de la menor Don Ginés que no ha sido llamado al proceso. La sentencia deja sin efecto las Resoluciones dictadas por la entidad pública, estimando de esta manera las pretensiones de la actora y acuerda un régimen de visitas distinto a favor del padre que el contemplado en el convenio regulador de separación.

Contra la sentencia se alza el padre que alega en primer término la infracción de garantías procesales, al no haber sido llamado a un proceso en el que era persona directamente afectada, habiendo sido ignorado hasta el momento de la sentencia en la que se ha adoptado una medida,

la de restricción del régimen de visitas, sin haber sido oído y sin haberle dado la oportunidad de defenderse, invocándose como infringido el artículo 753 de la LEC. Solicita en consecuencia la nulidad del procedimiento por dicho motivo. En segundo lugar impugna por motivos de fondo la medida adoptada, invocando como infringido el artículo 135 del Código de Familia. Por parte de la DGAIA, al evacuar el traslado del recurso formulado por el padre de la menor, se adhiere de forma sustancial a los argumentos vertidos por la parte apelante para solicitar la nulidad de actuaciones.

Procede en consecuencia examinar en primer lugar la petición de nulidad de actuaciones formulada por el padre de la menor y la entidad pública.

El artículo 753 de la LEC dispone que en los procesos a que se refiere este Título —entre los que se encuentran, los regulados en el artículo 780 con la rúbrica «oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores»—, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la LEC.

En el presente supuesto Doña Vicenta, madre de la menor Yannis, tras recabarse por el Juzgado el expediente administrativo, presentó el 23 de septiembre de 2009 demanda de oposición a las resoluciones adoptadas por la entidad pública competente en materia de protección de menores solicitando la revocación de lo decidido en el ámbito administrativo, y que se acuerde la suspensión o restricción del régimen de visitas a favor del padre; por Auto de 1 de octubre de 2009 se admitió a trámite la demanda emplazando a la DGAIA y al Ministerio Fiscal. No se emplaza al padre de la menor que tiene reconocido un derecho de visitas en virtud de convenio regulador aprobado por sentencia que cuyo mantenimiento se había acordado por la DGAIA en las resoluciones de desamparo, tramitándose todo el procedimiento en su ausencia y habiéndose acordado finalmente una medida restric-

tiva del régimen de visitas que tenía reconocido. Ni el Juzgado, ni el Ministerio Fiscal, ni la DGAIA, que sin embargo ahora solicita también la nulidad, advierten la necesidad de emplazar al padre de la menor, privándole de esta manera de la oportunidad de intervenir en el mismo y defender sus intereses frente a las pretensiones de la madre, siendo así que el interés del padre en este procedimiento resulta indiscutible, pues tiene por objeto decidir, de una parte, sobre la situación de su hija menor en cuanto al desamparo declarado y la tutela administrativa asumida, que implica la suspensión de la potestad de ambos progenitores y no sólo de la madre y por otra parte, sobre la suspensión o restricción de un régimen de visitas que tiene reconocido en virtud de sentencia y mantenido en las resoluciones administrativas adoptadas.

La nulidad de actuaciones viene regulada en los artículos 225 y siguientes de la LEC, concordantes con los artículos 238 y siguientes de la LOPJ. Conforme a los citados preceptos son nulos de pleno derecho los actos procesales cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión. En el caso de autos, la falta de emplazamiento en el procedimiento del ahora recurrente, constituye una infracción del artículo 753 de la LEC que en este caso y a criterio de esta Sala causa indefensión no sólo formal sino material y efectiva, en tanto impide al Sr. Ginés hacer valer sus derechos e intereses en el presente procedimiento que tiene por objeto decidir sobre la situación de su hija y sobre el régimen de visitas que rige las relaciones padre e hija. Frente a la petición de nulidad formulada, la parte actora aduce que el Sr. Ginés tuvo conocimiento extraprocesal de la existencia del presente procedimiento, pues en una de las declaraciones efectuadas por la Sra. Vicenta, en calidad de imputada, ante el Juez de Instrucción, puso de manifiesto la existencia de este procedimiento aportando documentación sobre el mismo. Consta efectivamente que el 11 de noviembre de 2009 la Sra. Vicenta prestó declaración ante el Juzgado de Instrucción núm. 27 de Barcelona y que en dicha declaración hizo referencia al procedimiento de oposición a las medidas adoptadas por la DGAIA que se seguía en el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 y

que en dicho procedimiento había solicitado una medida de restricción de visitas al padre de la menor, pero dicha declaración fue prestada ante el Magistrado y el Secretario del Juzgado y ante su propia asistencia letrada. En la declaración no aparece representante alguno del Sr. Ginés. Tampoco se desprende que el Sr. Ginés estuviera comparecido en las Diligencias Previas hasta el momento de interponer el recurso de reforma contra el auto de sobreseimiento provisional de 14 de enero de 2010, por lo que tampoco puede afirmarse que el mismo tuviera traslado o conocimiento del contenido de la declaración efectuada por la madre y en consecuencia, que a través de dicha declaración, tuviera conocimiento del presente procedimiento, pudiendo comparecer en el mismo aun no habiendo sido emplazado. Es cierto que no puede hablarse de indefensión, cuando la parte que la alega la ha consentido. En este sentido la Sentencia del TS de 9 de junio de 2010 ha señalado que «la nulidad de los actos procesales por infracciones formales generadoras de indefensión, exige que la indefensión sea efectiva e imputable a quien demanda la nulidad, afirmándose en el auto número 137/2008, de 26 de mayo, del Tribunal Constitucional que “las resoluciones judiciales recaídas en los procesos seguidos inaudita parte no suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses, bien colocándose al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, bien cuando poseía un conocimiento extraprocésal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado y, por su propia falta de diligencia, no se personó en éste (SSTC 65/2000, de 13 de marzo, F. 3; 55/2003, de 24 de marzo, F. 2; 99/2003, de 2 de junio, F. 3; 191/2003, de 27 de octubre, F. 3; y 225/2004, de 29 de noviembre, F. 2, entre otras)”. Haciéndose eco de la doctrina expuesta, el TS ha afirmado en la Sentencia número 589/2008, de 25 de junio que “la diligencia exigible en la defensa de sus intereses la obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción que haya podido haber cometido el órgano judicial, a menos que se trate de un conocimiento tan tardío que le impida la defensa o que se le haya negado

indebidamente la personación (STC 101/1990, de 4 de junio)”».

Pero expuesto lo anterior, no puede afirmarse en el caso de autos que nos encontremos ante este supuesto. El Auto de sobreseimiento y el Auto resolutorio del recurso de reforma en el procedimiento penal son de fecha 14 de enero de 2010 y de 1 de marzo de 2010, según se infiere de la documentación aportada por la actora. No consta que en estas resoluciones se haya hecho mención expresa al procedimiento de oposición, pues no han sido aportadas dichas resoluciones, y tampoco puede afirmarse, como se ha señalado anteriormente, que del contenido de la declaración efectuada por la Sra. Vicenta en noviembre de 2009 haya tenido conocimiento el Sr. Ginés. Por otro lado, hay que tener en consideración la coincidencia cronológica del procedimiento civil y penal de referencia, la vista civil fue celebrada el 20 de enero de 2010 y la sentencia apelada es de fecha 26 de enero de 2010. No puede en definitiva afirmarse que el Sr. Ginés se haya colocado en una situación voluntaria de indefensión que pueda impedir ahora la nulidad de actuaciones solicitada.

En este sentido cabe citar otra Sentencia reciente del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2010 que señala que «La omisión o la deficiente realización del acto de comunicación, siempre que se frustre la finalidad perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia (STC 268/2000, de 13 de noviembre), conocimiento que no puede fundarse en una presunción cimentada en simples conjeturas, sino que debe acreditarse fehacientemente para que surta el efecto enervante de la tacha de indefensión, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso si así se alega (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, 128/2000, de 16 de mayo, 268/2000, de 13 de noviembre, 87/2003, de 19 de mayo, 102/2003, de 2 de junio y 4/2005 y 128/2005, de 23 de mayo)».

La doctrina anteriormente expuesta conduce a declarar la nulidad de las presentes actua-

ciones, retrotrayendo las mismas al momento procesal en que habiéndose admitido a trámite la demanda debía haberse emplazado al Don Ginés, como padre de la menor, nulidad que ha sido interesada por la persona que ha sufrido la indefensión denunciada como consecuencia de la infracción de normas procesales. Al respecto cabe señalar que la estimación de dicha petición conduce asimismo a estimar la impug-

nación formulada por la DGAIA, todo y que la estimación de esta última no hubiera procedido, sin la anterior, pues la entidad pública en ningún momento denunció la falta de emplazamiento, ni solicitó al Juzgado que se diera intervención en el proceso al padre, no cumpliendo con lo exigido en el artículo 459 de la LEC.

La nulidad de actuaciones impide el examen de los motivos de fondo del recurso.

**Se confirma la resolución de desamparo dado que la madre no cumplió el programa de Asistencia a Adicciones de la Cruz Roja, al que acudió irregularmente, minimizando y negando su problema con el alcohol.**

### **AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2010**

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Elia Mata Albert**

Reurre Doña Emilia la Sentencia recaída en la instancia que desestima su demanda de oposición a la resolución administrativa que decretó el desamparo de su hijo menor, Carlos, el 14 de octubre de 2008, suplicando su revocación y se declare la improcedencia del desamparo decretado respecto del mismo, acordando la reintegración del menor a su familia de origen, es decir, a ella como madre biológica, alegando, sustancialmente, haber incurrido el Juzgador en error en la valoración de la prueba practicada en el proceso y en vulneración de principio de reintegración del menor a su familia de origen.

La recurrente sostiene en su escrito de recurso que no existía situación de riesgo en el menor para haber intervenido la Administración decretando su desamparo, que no se ha acreditado su consumo de alcohol, que en aquellas fechas tenía trabajo e ingresos, que siempre ha colaborado con el Servicio de Menores en relación con el expediente abierto, que su hijo siempre ha estado bien atendido médicamente, y, finalmente, que, aunque ahora carece de trabajo, reside en un piso de alquiler con su actual pareja que se compromete a hacerse cargo del niño, el que goza de empleo e ingresos estables.

El examen del expediente administrativo obrante en las actuaciones revela que el IASS actuó ante la intervención de la Policía Local llevada a cabo en el domicilio de Emilia en di-

ciembre de 2007 por denuncia, ante la imposibilidad de la madre de hacerse cargo de un menor enfermo (folio 107 de las actuaciones).

Carlos nació en diciembre de 2006

Se inicia desde entonces un seguimiento de la madre e hijo, teniendo ya la Administración conocimiento de la primera desde 2005 por lo menos por haberse llevado a cabo actuaciones de protección respecto de otras tres hijas de la misma que también fueron declaradas en desamparo, encontrándose dos acogidas por los abuelos paternos y la tercera con familia ajena (en enero de 2008 se incoa expediente respecto del menor Kevin, folio 58).

Se realizan por la Administración numerosas citaciones a la madre a las que no acude, paralelamente, el supuesto padre del menor, Raúl, denuncia a Emilia por maltratar y no cuidar al niño (folio 75); se la visita en Letux donde al parecer trabaja de camarera en un bar. Finalmente, logra la Administración firmar en un programa de intervención familiar, con Emilia un compromiso de actuación para mantener al menor de forma segura bajo su guarda (debe someterse ella a tratamiento de deshabituación de alcohol y tóxicos, apoyo psicológico, mantenimiento de una vivienda en condiciones higiénicas adecuadas y aceptación de seguimiento por los profesionales del Servicio, durante tres meses, así como proceder a la búsqueda de trabajo, folio 68).

El 14 de octubre de 2008 la Administración decreta el desamparo de Carlos, asumiendo su tutela.

El niño lleva, actualmente, más de un año en acogimiento preadoptivo.

Existe informe de la Cruz Roja de enero de 2008 en el que consta analítica positiva de cannabis en noviembre de 2007 de la recurrente (folio 185), y en el que se especifica que el análisis negativo de alcohol sólo prueba que no lo consumió el día de la prueba al eliminarse éste por la orina pocas horas después de su consumo.

El laboratorio Bernad Muñoz establece en febrero de 2010 resultado positivo de cannabis (folio 281).

En informe de enero de 2009 de la Trabajadora Social de Belchite se constata el estado de embriaguez de Emilia el 23 de diciembre de 2008 (folio 202). Emilia no cumplió el programa de Asistencia a adicciones de la Cruz Roja, al que acudió irregularmente, minimizando y negando su problema con el alcohol. Mantenía entonces una relación con el padre de sus hijos altamente conflictiva (agresiones, consumo de tóxicos, etc.). Emilia ha presentado siempre una inserción

laboral muy intermitente, con trabajos de escasos cuatro meses de duración al año, no trabajó desde junio de 2006 hasta octubre de 2008, y sí desde esta fecha hasta abril de 2009, no constando que lo haga ahora (folio 161).

Emilia carece de apoyos familiares y de estabilidad domiciliaria, cuando el menor ingresó en el centro de acogida presentaba un desarrollo general muy escaso, habiendo mantenido desde entonces una mejoría notable en su desarrollo físico y psicológico, encontrándose perfectamente adaptado en el seno de su familia de acogida.

Conforme a todo lo expuesto, es claro que el menor Kevin se encontraba en una clara situación de riesgo cuando la Administración decretó su desamparo y que dicha resolución fue adecuada a las circunstancias en que su vida se desarrollaba, y beneficiosa para su total integridad.

No se ha vulnerado, en consecuencia, la normativa invocada, artículos 59 y 60 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, por cuanto, se ha acreditado la incapacidad de la madre para asumir adecuadamente sus deberes de cuidado y protección para con su hijo.

El recurso debe ser desestimado.

## FILIACIÓN

**Practicada la prueba biológica no puede llevarse a cabo una segunda prueba cuando no se ha probado que se haya producido error o fallo en la cadena de custodia de las muestras como se alega, sino, todo lo contrario, están perfectamente identificadas e individualizadas las tres personas a las que se tomaron las muestras y con ellas se hizo la posterior prueba biológica.**

### AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Bote Saavedra**

En el escrito inicial del procedimiento se promovió acción de impugnación de determinación legal de filiación no matrimonial contra los demandados; pretensión que fue estimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

Con carácter previo, solicita nueva práctica de prueba biológica, pues ante el resultado in-

sospechado del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla de 16 de septiembre de 2006, cuya Conclusión refiere expresamente que «Los resultados genéticos obtenidos permiten excluir la paternidad de José María respecto de Onésimo» y ante las claras y rotundas manifestaciones de Doña Felicidad, única conocedora de su real existencia, referentes a que Don José María fue el único varón que había conocido

hasta el verano de 1985, época en la que quedó embarazada de su hijo, Don Onésimo, y época en la que mantenía un noviazgo notorio con el demandante, según consta acreditado, interesa al derecho de esta parte, con carácter previo a que se resuelva definitivamente sobre la impugnación de la paternidad, que se realice una nueva prueba biológica, en el sentido de tomar nuevas muestras biológicas a Don José María, si fuere necesario a cargo de los apelantes, y someter las mismas a nuevas prácticas comparativas con las muestras de Don Onésimo, existentes en el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla, y ello por entender que, aun considerando infalible la prueba de ADN, se ha debido cometer un error o fallo en la cadena de custodia de las muestras de las pruebas, y que por ello finalmente se han comparado muestras distintas a las obtenidas de Don José María. Esto mismo se alegó e interesó en el escrito de alegaciones presentado con fecha 21 de octubre de 2009, tras la unión a los autos del Informe-Dictamen núm. 01167/09 del Departamento de Sevilla del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, pero se hizo caso omiso.

Esta parte creía que para la verdadera apreciación de la exactitud de los hechos alegados en la demanda eran necesarios conocimientos científicos-biológicos que finalmente demostrarían la verdad biológica y la verdadera paternidad del actor, pero a la vista del resultado de la prueba practicada, resultado no esperado por nadie en este procedimiento, y al determinarse, según las conclusiones del Informe, la exclusión de la paternidad de Don José María respecto de Don Onésimo, y ante las manifestaciones expresas de Doña Felicidad, sobre que el primero fue el único varón que había conocido en aquellas fechas, debemos entender que, en el presente caso, algo ha debido ocurrir para que aparezcan marcadores tan dispares entre actor y demandado, a salvo de que haya ocurrido un fallo o error en la cadena de custodia de la prueba realizada a Don Onésimo, algo posible, y que las muestras tomadas en Cáceres y las muestras estudiadas en Sevilla no sean las mismas.

Llegamos a la anterior conclusión—error en la cadena de custodia— como consecuencia del resultado contundente obtenido que determina la exclusión de la paternidad y como consecuencia,

asimismo, del máximo respeto que tiene esta parte a la prueba pericial de ADN por ser, quizás, la prueba de identificación más segura y fiable. Por ello, entendemos que para que los derechos fundamentales de las partes no se vean seriamente afectados, se debe medir con mucha precisión la debida acreditación en la prueba pericial de ADN practicada y de los aspectos técnicos de tal acreditación.

Por todo ello, entiende que no se debe considerar el resultado obtenido en la prueba biológica, a los efectos de resolver sobre la impugnación de la paternidad, por error o fallo en la cadena de custodia de las muestras obtenidas a Don José María.

Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, comenzar diciendo que, como adelantamos en el Auto denegando la prueba de nueva práctica de la prueba biológica, no es posible jurídicamente practicar una prueba que ya ha tenido lugar, de ahí que no esté contemplada en ninguno de los supuestos del artículo 460 LEC, máxime cuando no se ha probado, que se haya producido error o fallo en la cadena e custodia de las muestras como le alega, sino todo lo contrario, están perfectamente identificadas e individualizadas las tres personas a las que se tomaron las muestras y con ellas se hizo la posterior prueba biológica.

De manera subsidiaria y en el caso de no atenderse las anteriores peticiones, alega error en la valoración de las pruebas y se declare que Don José María es el progenitor de Don Onésimo, según la inscripción obrante en el Registro Civil de Naval Moral de la Mata, al Tomo ..., página ... de la Sección 1.ª, pues a su entender de las pruebas practicadas se pone de relieve la real paternidad de Don Onésimo, sobre todo por la semejanza en el aspecto, muy similar, del actor y del demandado, como consta acreditado en la grabación de la vista celebrada el día de enero de 2009, a la que ambos asistieron.

Este motivo tampoco puede prosperar, pues como bien dice el Juzgador de instancia, y reconoce la propia apelante, la prueba biológica practicada por el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla, tras las oportunas pruebas de ADN realizadas con muestras del presunto padre, de la madre y del hijo «la consideración

genética de los resultados obtenidos permite deducir que existe incompatibilidad genética para una relación paterno-filial entre Don José María respecto a Don Onésimo», lo cual per-

mite excluir la paternidad del primero respecto al segundo.

En definitiva, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

**Resulta correcto el pronunciamiento que se hace en la sentencia apelada de la no exclusión de la patria potestad al demandado, atendida su conducta procesal, pues no ha negado en momento alguno su posible paternidad, sino que tiene dudas serias y razonables sobre ella, ante la falta de convivencia con la madre del menor en la época de la concepción, al encontrarse durante ésta residiendo fuera de Gijón, por motivos laborales, y ningún impedimento ha puesto a la admisión y práctica de la prueba biológica propuesta por la actora.**

### AP Murcia, Sec. 7.<sup>a</sup>, Sentencia de 27 de septiembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Pavesio Fernández**

En el primer motivo, alega la recurrente, resumidamente, que no cabe la comparación que se hace en la sentencia entre qué debe prevalecer, si el contenido del artículo 111.2 del CC o el derecho de defensa del demandado. Porque el demandado al contestar la demanda se opuso a la misma, frente a la posibilidad que tuvo de allanarse, y no puede justificarse una «no oposición» por el hecho de manifestar a lo largo del procedimiento que tenía dudas de la paternidad, aportando pruebas de que a la fecha de la concepción el demandado vivía en el Ferrol, e insinuando una mala vida de la demandante, que suponía relaciones sexuales con otros hombres, y solo conocido el resultado de la prueba de paternidad, ya en el acto del juicio, mostró su conformidad con la paternidad. Citando la recurrente en apoyo de su tesis las SSTS de 10 de julio de 2001 y 24 de junio de 2004 y la de 17 de septiembre de 2004 de esta misma Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia.

Motivo que se desestima por los propios razonamientos contenidos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, que se dan por reproducidos, y no han sido desvirtuados por las argumentaciones de la recurrente, mera reproducción de sus alegaciones de instancia. Siendo reiterada jurisprudencia que es motivación suficiente de las sentencias la remisión hecha por el tribunal Superior a la sentencia de instancia que era impugnada, STS de 5 de octubre de 1998 (entre otras) que dice: «Si la resolución de primera instancia es acertada,

la apelación, que la conforma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la corrección por la Sala de lo que, en su caso, fuera necesario».

Este tribunal entiende que el concepto «oposición del progenitor» al que se refiere el artículo 111 del CC debe ser valorado atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso. En el supuesto que nos ocupa debe tenerse en cuenta que el hoy apelado no ha negado rotundamente que el mismo sea el padre del menor, sino que, «tiene serias y razonables dudas sobre su paternidad, puesto que en la fecha de concepción de la actora, que obviamente apunta al mes de noviembre de 2000 ... no solamente no convivía con ella sino que desde el mes de septiembre hasta el de diciembre incluido, permaneció fuera ... en la ciudad de El Ferrol por cuestiones laborales...» (Hecho segundo de la contestación a la demanda). Así mismo consta en el auto de 20 de octubre de 2009, de adopción de las medidas cautelares, en su razonamiento jurídico segundo, que el demandado en su declaración prestada en el acto de la vista «lejos de negar rotundamente una posible paternidad sobre el menor, se limitó a manifestar sus dudas sobre si efectivamente él era el padre, al no tener convivencia con la actora en aquel momento y pasar largas temporadas separado de ésta por motivos laborales. Por tal razón la postura del demandado puede ser comprensible y por ello, en las actuales circunstancias, no resulta aconse-

jable hacer aplicación del artículo 111.2 del CC, que debe ser interpretado conforme a la realidad social del tiempo» en el que ha de ser aplicado. Así dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2004, en un supuesto en que se priva de la patria potestad al demandado, pero justificada dada la oposición del demandado al reconocimiento de la filiación y a la realización de la prueba biológica, que el artículo 111.2 del CC excluye la patria potestad del progenitor cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición, pero matizando, citando la Sentencia del mismo Tribunal de 10 de julio de 2001 que «esta liberación así impuesta sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente».

En consecuencia, resulta correcto el pronunciamiento que se hace en la sentencia apelada de la no exclusión de la patria potestad al demandado, atendida su conducta procesal del demandado, quien no ha negado en momento alguno su posible paternidad, sino que tiene dudas serias y razonables sobre ella, ante la falta de convivencia

con la madre del menor en la época de la concepción, al encontrarse durante la misma residiendo fuera de Gijón, por motivos laborales, y ningún impedimento ha puesto a la admisión y práctica de la prueba biológica propuesta por la actora. Pues no puede sostenerse que el mero hecho de ser demandado y oponerse a la demanda, por las dudas razonables que tiene sobre la paternidad sea bastante para considerar que se está declarando la filiación «contra su oposición», sino que dicha oposición exige que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado, y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados.

Finalmente, no son de aplicación al caso las sentencias del Tribunal Supremo que cita la recurrente, pues en la de julio de 2001 únicamente consta que el demandado interesa una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica, desconociéndose qué alegaciones más se hicieron por el demandado, igualmente, en la segunda únicamente se habla de oposición del demandado, y por lo que respecta a sentencia de esta Sección 7.<sup>a</sup>, carece de relevancia por cuanto la Sala la formaban otros Magistrados, aparte de que el supuesto de hecho era distinto al aquí enjuiciado.

## UNIONES DE HECHO

La actora es propietaria única de la vivienda en donde reside junto a sus hijos y se constató su voluntad de mantener patrimonios separados durante la convivencia, por lo que no se considera adecuado concederle el uso de la vivienda propiedad del que fue su compañero sentimental, pues los menores tienen cubiertas sus necesidades de alojamiento en el inmueble que actualmente ocupan.

### AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de octubre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto por la representación de la Sra. Marcelina referida al uso y disfrute de la vivienda familiar y cuya modificación se interesa en la forma principal o alternativamente pretendida; lo cierto es, que con independencia de que es reiterada la doc-

trina de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda tras la ruptura de la convivencia *more uxorio* se proyectan las normas contenidas en nuestro Código Civil relativas al matrimonio y sus crisis protegiendo a los menores habidos durante aquella de acuerdo con el principio del

*favor filii*; lo realmente trascendente en el caso de autos radica, no sólo en que la precitada Sra. Marcelina es propietaria única de la vivienda en donde reside junto a sus hijos sita en la c/ ..., núm. ... de la localidad de Dos Hermanas (constituyendo su residencia normal, estable y permanente), sino que se constató la voluntad de aquélla de mantener patrimonios separados durante la convivencia, adquiriendo la misma con ayuda de su padre, además de acondicionarla para la convivencia junto a sus hijos, (difícilmente puede admitirse la pretensión de que el ahora demandado abone el 50% de la hipoteca que grava dicha vivienda propiedad exclusiva de

la actora, no constando taxativamente que este último hubiese abonado determinadas cuotas de la misma), sin que otro lado pueda aceptarse la atribución, asimismo pretendida alternativamente, del uso y disfrute de la vivienda sita en el núm. ... de la misma calle y localidad de referencia propiedad del demandado que se encuentra cerrada y por tanto desconociéndose si es susceptible de ser habitada; estimándose que las necesidades de vivienda de los menores se encuentran plenamente cubiertas y sus intereses protegidos no constatándose una imperiosa necesidad de la ahora actora a efectos de la atribución interesada.

Si bien es cierto que las partes han mantenido una relación de pareja o de convivencia *more uxorio* aproximadamente durante dieciocho años, no se aprecia que dicha ruptura convivencial haya producido a la actora un desequilibrio económico o un perjuicio que deba reintegrarse, toda vez que esta última, de 40 años de edad, ha estado compaginando durante la relación mantenida la dedicación a la familia, hijos y hogar con su actividad laboral.

### AP Sevilla, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de octubre de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez

Por último, en lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada por la representación procesal de la precitada Sra. Marcelina referida al pronunciamiento por el que no se fija a la misma pensión compensatoria, interesando expresamente su establecimiento en la cantidad de 2.000 euros mensuales con una limitación temporal de seis años desde que se dictó la sentencia en la instancia; si bien es cierto, que las partes hoy litigantes han mantenido una relación de pareja o de convivencia *more uxorio* aproximadamente durante dieciocho años, debiendo evitarse que la relación de hecho produzca un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, debiendo protegerse a la persona perjudicada por razón de la convivencia (no olvidemos, la reiterada doctrina jurisprudencial descartando la aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio ante una situación deliberadamente voluntaria a la que las partes han decidido acogerse) también lo es, que para evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de la relación en caso de ruptura se ha acudido a varias

soluciones, primando la del enriquecimiento injusto; sin que se aprecie en el caso de autos que dicha ruptura convivencial haya producido a la Sra. Marcelina un desequilibrio económico o un perjuicio que deba reintegrarse, toda vez, que esta última de 40 años de edad, no sólo ha estado compaginando durante la relación mantenida la dedicación a la familia, hijos y hogar con su actividad laboral en la explotación del hostel-restaurante de Cercedilla que regentaba la mercantil Sermantera SL constituida por ambas partes hoy litigantes; sino que de lo actuado se desprende, la inexistencia entre los mismos de una verdadera comunidad de bienes, manteniendo patrimonios separados (cada uno de ellos es titular de una vivienda, tenían distinta participación en aquella mercantil y voluntariamente decidieron trasladarse a vivir a Dos Hermanas una vez vendido el restaurante familiar que regentaban). De ahí, que no existiendo en el caso de autos la formación de un patrimonio común resultado de esfuerzo mutuo que se haya visto frustrado por la finalización de la convi-

vencia en perjuicio de uno de los convivientes, ni apreciándose la existencia de un desequilibrio patrimonial y, por ende, del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento que había de justificar el derecho cuya efectividad se reclama; esta Sala asume y comparte la fundamentación jurídica recogida por la Juez *a quo* en la resolución recurrida, que responde a una valoración objetivamente razonada correcta y aséptica de la prueba practicada y que no resulta ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica (no

olvidemos, por otro lado, que la precitada Sra. Marcelina ha estado trabajando desde los 18 años en una peluquería, posteriormente como modelo y explotando el restaurante de referencia durante la convivencia *more uxorio* con el demandado, lo que implica buenas expectativas para acceder al mercado laboral y una aptitud para el desempeño de actividades retribuidas); por lo que es procedente la desestimación de la presente pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto.

**Teniendo ambos progenitores de nacionalidad marroquí residencia en nuestro país debe admitirse a trámite la petición de adopción de medidas paterno-filiales, sin que constituya obstáculo alguno que por un tribunal de Marruecos se haya dictado ya sentencia de divorcio dado que ésta aún no ha obtenido el correspondiente *exequatur*.**

### AP Barcelona, Sec. 18.<sup>a</sup>, Auto de 14 de octubre de 2010

---

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Margarita Blasa Noblezas Negrillo**

Se alza la apelante contra la resolución impugnada en cuanto inadmite a trámite la demanda por la misma formulada a fin de que se acuerden medidas sobre guarda y custodia, alimentos y régimen de visitas con respecto a las dos hijas comunes. Dicha resolución se fundamenta en que con fecha 19 de agosto de 1999 el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Nador (Marruecos) dictó sentencia de divorcio, por lo que se declara incompetente, debiendo presentar la correspondiente demanda en dicho país. Pues bien, es de señalar en primer lugar, que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el reconocimiento de sentencias extranjeras en virtud del cual puede efectuarse la declaración de cosa juzgada material, para fundar en ella la correspondiente excepción, teniendo declarado el Tribunal Supremo que la sentencia de divorcio pronunciada por un Tribunal extranjero no puede servir de fundamento a la excepción de cosa juzgada sin haber obtenido el *exequatur*, requisito imprescindible de conformidad con el Título III del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, el cual no consta que se haya solicitado, por lo cual la sentencia de divorcio dictada por

el Tribunal de Primera Instancia de Nador no tiene carácter de cosa juzgada material.

Procede entonces verificar si los Tribunales españoles son competentes para el conocimiento de la demanda de medidas con respecto a las hijas comunes instada por la apelante, y en este sentido hay que manifestar que no hay duda de que la jurisdicción constituye una cuestión de soberanía, siendo competentes los Tribunales españoles de los litigios que se susciten en territorio español incluso entre extranjeros, con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte, según establece la referida ley, que en su artículo 22, establece la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales españoles en esta materia cuando ambos cónyuges poseen residencia habitual en España al tiempo de la demanda, términos idénticos a los que recoge la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981. En el presente caso no parece dudarse de que ambos cónyuges son residentes, o al menos lo eran en el momento de interponerse la demanda, pues aparte de que la segunda hija nació en España el 3 de junio de 2001, es decir, después de la sentencia de divorcio, consta un acta de mani-

festaciones efectuada por el demandado el 17 de febrero de 2003, por la que él mismo se comprometía a pagar pensión alimenticia a las dos

hijas, por lo que en definitiva, y con independencia de lo que en el proceso pueda resultar, debemos acceder al recurso que se examina.

Tras fallecer su compañero sentimental se declara que los bienes que adquirió durante la convivencia pertenecen en *pro indiviso* a ambos integrantes de la pareja.

## AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Pillardo Montero**

La demandante, Doña Lidia, que vivió *more uxorio* durante muchos años con el fallecido Don José Francisco, promueve demanda contra la herencia yacente, los herederos desconocidos e inciertos y Doña Purificación, madre de aquél, para que se declare que la finca que describe, que afirma haber sido adquirida por la pareja, así como la casa en ella edificada, pertenecen en indivisión, de por mitad, a la demandante y a los herederos del Sr. José Francisco. No compareció en autos la dicha madre, ni persona alguna que alegase derechos en la herencia de éste.

La sentencia, que acepta la realidad de dicha situación de convivencia, y que durante ella la pareja adquirió conjuntamente diversas parcelas de terreno y construyó la casa, sólo estima la demanda en cuanto a ésta, pero no así en cuanto al terreno, pues considera que no está suficientemente acreditada la adquisición de todas las parcelas que éste engloba.

Siendo cierto que con los varios documentos de compra de parcelas que se aportan con la demanda no se justifica la adquisición de todo el conjunto, ha de tenerse en cuenta que la finca en cuestión, según el informe pericial presentado con la demanda, forma hoy una unidad, de 20.750 metros cuadrados, cerrada con muro de mampostería, excepto por el Sur donde linda con terreno del Sr. José Francisco (legado por su padre, según la copia del testamento que se une al informe), que se vino poseyendo desde mediados de los años ochenta como dueños por el Sr. José Francisco y la Sra. Lidia, puesto que realizaron sobre ella actos tan inequívocos del dominio (artículo 350 del Código Civil) como construir una casa, en la que vivían, amurallarla y hacer una plantación de viñedo, según resulta

de la prueba testifical; de la que ha de destacarse la declaración de Don Roberto, hermano del fallecido Don José Francisco, conforme al cual la familia, y concretamente su madre, demandada personalmente, no se opone a la pretensión de la demandante, a quien tenían por esposa del fallecido.

Por otra parte, la demandante solicita la declaración de dominio sobre ese inmueble no frente a posibles propietarios de parcelas que cuestionen la propiedad de algunas de las agrupadas, sino frente a la herencia de su compañero de convivencia; y no para que se declare que el inmueble le pertenece a ella en exclusiva, sino que pertenece a ambas partes en comunidad pro indiviso, al cincuenta por ciento. La pretensión no es tanto obtener una declaración de propiedad de un inmueble que, según la apariencia posesoria, era de la demandante y del Sr. José Francisco, sino una declaración de que el inmueble no pertenece en exclusiva a la herencia de éste sino también a la demandante. Obviamente, si apareciesen terceros ajenos a este litigio reivindicando alguna porción del terreno, la sentencia que aquí se pronuncia no les vincula. Pero, a los efectos de este litigio, aquella situación posesoria ha de estimarse suficientemente acreditativa de la propiedad del inmueble a favor de ambas partes.

Debe observarse que con el criterio de la sentencia apelada, tampoco podría haberse estimado la demanda respecto a la casa, por aplicación del artículo 358 del Código Civil, pues si bien consta que la misma fue construida por la pareja, no así que el suelo donde se ubicó fuese una de las parcelas adquiridas y no una de aquellas de cuya adquisición se duda. Si no se consideró dudosa la pertenencia de esa porción de

suelo a los Sres. Lidia y José Francisco, puede también admitirse la misma conclusión para la totalidad de la finca.

Por consecuencia, procede la revocación de la sentencia apelada y la estimación de la demanda también en cuanto a todo el inmueble.

## SUCESIONES

En modo alguno puede extraerse la clara certeza de que a la fecha del otorgamiento de la escritura de donación estuviera afectado por algún brote concreto derivado de la enfermedad que le fue diagnosticada en su día, ya que sólo dos meses después firmó el convenio regulador de su divorcio. La parte actora no ha conseguido probar ninguna de las causas que invalidarían su consentimiento en el momento en que se otorgó la escritura de donación, en la que, por lo demás, no transmite el pleno dominio de los bienes sino sólo la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio.

### AP Badajoz, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 7 de octubre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Juana Calderón Martín**

La sentencia apelada desestima la demanda en la que se instaba la nulidad de la donación efectuada por el actor, Sr. Gervasio, a sus hijos, donación documentada en escritura pública de fecha 21 de agosto de 2007, otorgada ante el notario Don José Guillermo Peña Peña. La nulidad interesada vendría dada, a decir del demandante, por la falta de capacidad del donante debido a la enfermedad que padece —trastorno esquizo-afectivo de tipo depresivo—, subsidiariamente, interesa la nulidad de la transmisión patrimonial, por considerar que fue objeto de intimidación o dolo por parte de sus hijos, los demandados, y su ex mujer.

El apelante, alegando como motivo de su recurso el error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el juzgador de instancia, vuelve a insistir en esta alzada en el hecho base de su pretensión, es decir, en que la capacidad del donante cuando otorgó la escritura pública estaba de tal modo afectada, que no podía comprender el alcance de sus actos.

Como siempre recordamos en los casos en que se alega error en la apreciación de la prueba como motivo de un recurso de apelación, la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del Juzgador de instancia, que deberá llevar a cabo su evaluación conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecida como se en-

cuentra por la inmediación al deber presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas. De tal suerte que cuando se trata de valoración probatoria la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción. Y, en el supuesto que se somete a consideración de la Sala, tras el obligado nuevo examen de las actuaciones, no se aprecia que concurren ninguno de los motivos a que antes nos referimos y que permitirían sustituir el criterio del juzgador de instancia por otro de signo distinto; no se aprecia género alguno de error, arbitrariedad o contradicción en los argumentos que, certeramente, expresa dicho juzgador en la resolución apelada.

Aun cuando es cierta la primera aseveración del apelante, en cuanto que el hecho de que una persona no haya sido declarada incapaz no impide que, en un determinado momento, pueda ver afectada su capacidad mental para comprender y conocer el alcance y consecuencias de sus actos, en el caso que se somete a consideración de la Sala no puede entenderse acreditada esa falta de capacidad, habida cuenta la prueba que obra en las actuaciones y que atinadamente ha valorado el juzgador de primer grado.

Así, en el documento núm. 2 de los aportados con la demanda consta que el actor fue

ingresado en el Hospital Psiquiátrico de Mérida el 29 de agosto de 2006, y dado de alta el 1 de septiembre del mismo año, se le diagnosticó un trastorno esquizo-afectivo de tipo depresivo con una evolución a la cronicidad. En informe forense de 30 de mayo de 2008, se considera que sus capacidades volitivas y cognitivas, a los efectos de imputabilidad en un proceso penal, están afectadas, pero sólo de manera incompleta. De estos dos informes en modo alguno puede extraerse la clara certeza de que a la fecha del otorgamiento de la escritura de donación —21 de agosto de 2007— estuviera afectado por algún brote concreto derivado de la enfermedad que le fue diagnosticada en su día, siendo que sólo dos meses después, en noviembre de 2007, firmó el convenio regulador de su divorcio, convenio al que en nada alude la parte actora, y para cuya firma lógicamente también interviene

la capacidad de discernimiento y raciocinio del ahora apelante.

A ello se unen, con el carácter de especialmente relevantes, las declaraciones testificales del notario autorizante de la escritura de donación, quien señaló sin duda alguna que, cuando se otorgó la mentada escritura, apreció la capacidad del donante como del todo suficiente para realizar el acto jurídico que se documentó.

Por tanto, es claro que la parte actora no ha conseguido probar, cual le incumbía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, ninguna de las causas que invalidarían su consentimiento en el momento en que se otorgó la escritura de donación, en la que, por lo demás, no transmite el pleno dominio de los bienes sino sólo la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio.

**El contrato de vitalicio constituye en realidad donación encubierta dirigida exclusiva y directamente a favorecer en la herencia a una de las hijas, por lo que estamos en presencia de una donación que perjudica la legítima y que debe reducirse.**

### AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2010

---

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Esaín Manresa**

La sentencia apelada estima demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de reducción de donación por inoficiosa, con referencia a principal cesión de bienes por alimentos escriturada en fecha 27 de octubre de 1989, al amparo de los artículos 655, 654 y 636, en relación con los 619, 814, 820 y 821 del Código Civil.

La documental obrante acredita con carácter fundamental:

a) El fallecimiento de los cónyuges Esteban y Sandra el 3 de agosto de 1985 y 3 de enero de 1990, respectivamente.

b) El otorgamiento por Sandra de testamento abierto el 17 de junio de 1985 por el que se legaba a su hijo Alejo la legítima estricta, instituyendo herederos a su otra hija Rosalía, a sus nietos, Caridad y Esteban, y a su nieta Isidora, sucediendo la hija por cabezas y los nietos por estirpes (fs. 51 ss.).

c) El otorgamiento por Sandra de escritura notarial de 27 de octubre de 1989 de cesión de bienes por alimentos, en cuya virtud transmitió en favor de su hija Rosalía la mitad indivisa de la casa, sita en c/ ..., n.º ... de Villajuan (Villagarcía de Arosa), que constituía único bien ganancial del matrimonio constituido en su día con Esteban (fs. 54 ss.).

Dicho material documental es objeto de análisis por el órgano judicial, junto con el interrogatorio de la hija interpelada Rosalía, y la pericial judicial —expresiva de adecuada valoración del inmueble en cuestión— del Aparejador Sr. Virgilio, documentada a fs. 73 y ss. y sometida a contradicción en juicio, todo ello conforme a los artículos 217, 316 y 348 LEC.

En orden a colegir la verdadera intención contractual de los protagonistas del contrato de cesión de bienes por alimentos de acuerdo a los artículos 1281 y ss. CC, la Juez echa mano de

pruebas indirectas o presunciones —reguladas en artículo 386 LEC y admitidas con carácter general por constante doctrina jurisprudencial (así, SSTS 30 de julio de 1996, 31 de diciembre de 1999 y 27 de noviembre de 2000, citadas por SAP A Coruña 6 de mayo de 2005)—, concluyendo coherentemente que el reseñado contrato de vitalicio constituye en realidad donación encubierta dirigida exclusiva y directamente, a favorecer en la herencia a la descendiente Sandra. Para llegar a dicho pronunciamiento se tiene en razonable consideración que la formalización se produce en avanzado estado de última enfermedad de la cadente, de 84 años; que, de hecho, el fallecimiento tiene lugar el 3 de enero de 1990, es decir, prácticamente dos meses después la contratación, el 27 de octubre de 1989; que el objeto contratado configura único bien ganancial; y que dicha disposición de voluntad no se recogió en testamento otorgado en año, no lejano, 1985.

Argumenta la recurrente que debe concederse completa validez y eficacia al referido contrato de cesión en los términos formalizados por las partes, olvidando que la conceptualización jurídica relativa a un contrato constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al órgano judicial —por todas SSTS 15 de junio de 2001 y TSXG 13 de marzo de 2002 y 8 de junio de 2004—, y

que en el caso debatido la interpretación judicial se ofrece lógica, verosímil y acomodada a las normas de hermenéutica contractual contenidas en artículos 1281 a 1289 CC.

En concreta referencia a la aleatoriedad, característica de mentado contrato de cesión de bienes por alimentos, y atendiendo a STSXG de 15 de febrero de 2000, difícilmente concurre en supuestos en el que el fallecimiento aparece como conocido, inmediato o próximo al tiempo de formalizar el contrato, bien porque esa proximidad relativamente cierta de la muerte presenta como verosímil una imposibilidad real de la contraprestación alimenticia, bien porque esa proximidad reduce dicha contraprestación a tal grado que, aun teniendo en cuenta su dificultosa evaluación económica por el carácter frecuentemente personalísimo y afectivo de los cuidados, se revela como palmariamente desproporcionada en relación a los bienes cedidos.

Y, en un segundo plano, no cabe aplicar el instituto de la prescripción adquisitiva (artículo 1957 CC) en los pretendidos términos expuestos por la demandada apelante, dado que la simulación relativa que subyace en el tal repetido contrato, junto con el indudable conocimiento de los efectos económicos perjudiciales hacia quienes concurren a la herencia, excluyen la buena fe que requiere el artículo 1940 CC de modo inexorable.

## CUESTIONES PENALES

Se condena a la madre por un delito de desobediencia a la autoridad al no haber reintegrado a los hijos al domicilio familiar tras la finalización del régimen de visitas, no considerándose que su conducta fuese incardinable en el delito de sustracción de menores ya que alegaba una situación de maltrato del padre hacia los hijos y supeditaba la entrega al esclarecimiento de los hechos.

### AP Soria, Sentencia de 27 de septiembre de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María Belén Pérez-Flecha Díaz**

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Soria, tramitó las Diligencias Previas núm. 438/08, que una vez concluidas y tras los trámites pertinentes, se elevaron al Juzgado de lo Penal, incoándose el Procedimiento Abreviado núm. 44/10, recayen-

do Sentencia con fecha 10 de junio de 2010, que contiene los hechos probados del tenor literal siguiente: «PRIMERO: Se declara probado que Vicenta en fecha 8 de junio de 2008, tras disfrutar del régimen de visitas con sus hijos menores Be-

nito y Celestina, de 8 y 9 años respectivamente, reconocido a su favor en Sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Soria, recaída en el Procedimiento de Modificación de Medidas núm. 465/05, posteriormente confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de fecha 31 de julio de 2006 y nuevamente confirmado por Sentencia de 25 de junio de 2007 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 en nuevo Procedimiento de Modificación de Medidas núm. 185/07, debió haber procedido, a través del punto de encuentro de Soria, a reintegrar a sus hijos a su padre Don Teodoro, quien ostentaba la guarda y custodia de los mismos, no obstante lo cual, se negó a ello alegando de manera infundada e injustificada, una situación de maltrato del padre hacia los menores, manifestando igualmente su intención de persistir en su actitud de negativa a la entrega de los menores, aun cuando el progenitor custodio fuera a disfrutar el período de vacaciones de verano con ellos, lo que debía producirse a partir del día 21 de junio de 2008.

Ante esta situación, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Soria, procedió, mediante auto de fecha 17 de junio de 2008 a despachar ejecución forzosa contra Vicenta, requiriéndola para que cumplierse el régimen de visitas, apercibiéndole de las consecuencias penales que la persistencia de su conducta podría conllevar, requerimiento que le fue efectuado en esa misma fecha 17 de junio por la Sra. Secretaria Judicial, según consta en la diligencia obrante en autos. Pese a ello, Vicenta volvió a manifestar su negativa de entregar a sus hijos a su padre, persistiendo en su conducta hasta el día 16 de julio de 2008, fecha en la que, por orden judicial y por la comisión judicial auxiliada por la fuerza pública, se personó en el domicilio de Vicenta, sito en Guadalajara y fueron recuperados los menores y reintegrados a la guarda y custodia de su padre.

Ningún indicio de maltrato hacia los menores por parte de Teodoro se ha acreditado, habiéndose procedido al sobreseimiento y archivo de las actuaciones respecto de él, mediante auto de fecha 1 de septiembre de 2009.

Vicenta es mayor de edad penal y no constan en la causa sus antecedentes penales».

La referida sentencia contiene el siguiente Fallo: «Que debo condenar y condeno a Doña

Vicenta, como autora de un delito de sustracción de menores, previsto y penado en el artículo 225 bis.1.º, 2.º del Código Penal, a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad respecto de sus hijos Benito y Celestina y al pago de las costas causadas en el presente procedimiento, incluidas las causadas por la acusación particular».

Se acepta parcialmente el relato de hechos probados de la resolución recurrida, toda vez que del primer párrafo del mismo debe suprimirse la frase «alegando de manera infundada e injustificada, una situación de maltrato del padre hacia los menores», que se sustituye por «alegando una situación de maltrato del padre hacia los menores, en la creencia de que tal situación era cierta, teniendo en cuenta que ella misma fue víctima de maltrato por parte de Don Teodoro, existiendo sentencia firme en tal sentido; y previamente a la negativa a la entrega, acudió a la Comisaría de Policía a denunciar tales hechos, anunciando su intención de no entrega, lo que motivó que la propia Policía comunicara al Punto de Encuentro la situación y permitiera que la acusada se llevara consigo a los menores». Además, al final del primer párrafo se añade: «La madre manifestó su intención de no devolver a los hijos al padre hasta tanto en cuanto no se resuelva la denuncia por ella interpuesta».

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Soria en fecha 10 de junio de 2010, por la que se condenó a Doña Vicenta, como autora criminalmente responsable de un delito de sustracción de menores, previsto y penado en el artículo 225 bis, 1.º y 2.º, del CP, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y cuatro años de inhabilitación especial para el derecho de patria potestad respecto de sus hijos Benito y Celestina, se interpuso por su representación procesal, recurso de apelación interesando la revocación de la sentencia de instancia decretando en su lugar la absolución de la Sra. Vicenta, por concurrir error en la apreciación de la prueba e indebida aplicación del correspondiente precepto penal. La acusación particular solicitó la confirmación

de la sentencia recurrida. El Ministerio Fiscal, interesó la confirmación de la sentencia apelada, si bien subsidiariamente interesó la condena por delito de desobediencia a la autoridad judicial, tal y como previamente había solicitado en su escrito de calificación provisional y en sus conclusiones definitivas.

En relación al primer motivo del recurso, ha de recordarse que la valoración de la prueba corresponde al Juez penal como facultad soberana que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, directamente vinculada con los beneficios que la inmediación, concentración, oralidad y contradicción proporcionan al juez de primera instancia; cierto es que el órgano de apelación goza de plenas facultades revisoras, lo que le permite valorar las pruebas realizadas en la instancia e incluso ponderarlas de forma diversa a la realizada por el Juez *a quo*, y como viene a decir la doctrina del Tribunal Supremo, ha de distinguirse en lo que hace a la valoración de la prueba entre la percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional que presenció el juicio, y la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el órgano enjuiciador como por el de recurso —que ejercerá funciones de control de la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia impugnada—.

Teniendo en cuenta lo anterior y examinando la sentencia de instancia, puede comprobarse que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y asimismo la racionalidad de dicha convicción, ya que se ha alcanzado a partir de pruebas de cargo con cumplido acatamiento de las garantías que deben presidir un juicio justo, habiendo hecho la Magistrada *a quo* expresa mención a las concretas pruebas sobre las que ha basado su conclusión. No obstante lo anterior consideramos que en los Hechos Probados se han excluido determinadas circunstancias concurrentes y muy importantes, cuales son que la acusada previamente a la negativa a la entrega acudió a la Comisaría de Policía a exponer los motivos por los cuales creía que no debía proceder a la misma, así como a denunciar unos malos tratos hacia los menores que ella creía ciertos, aunque muy posteriormente se

demonstrara que no era así. Pero tal conclusión no llegó hasta muchos meses más tarde, por un retraso injustificable en la tramitación de su denuncia cuya investigación fue instada por el propio Ministerio Fiscal, (folios 43 y 44 de la causa) quien manifestó no tener conocimiento de la misma hasta el momento del informe que en dichos folios consta.

Además, Doña Vicenta manifestó en su primera declaración que no entregaría a los niños hasta que no se resolviera la situación puesta de manifiesto en su denuncia, y concretamente hasta que no fueran sus hijos examinados por el equipo psicossocial.

Ahora bien, una cosa es la acreditación de los hechos probados y otra muy distinta su calificación jurídica. Y así, en relación con el tipo penal objeto de condena, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007, estima que «la conducta que conforma el tipo es la sustracción del hijo menor. El propio precepto contiene una interpretación legal del término “sustracción” en su apartado segundo. Dos son las modalidades recogidas en dicho apartado. El traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con el que convive y la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por la resolución judicial o administrativa. Dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, incluso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo mínimo de cuatro años, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo. Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término “gravemente”, como el propio significado de la palabra “sustracción”, que

implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos». En el mismo sentido se pronuncian otras Audiencias Provinciales: Valencia, Auto de fecha 24 de noviembre de 2005; Madrid, Auto de fecha 17 de junio de 2004; Valencia en Sentencia de 23 de abril de 2009, Las Palmas, Sentencia de 31 de julio de 2007 y Pontevedra en Sentencia de 15 de octubre de 2008, entre otras).

Aplicando lo anterior al caso de autos, estimamos que los hechos no revisten la gravedad suficiente y ni denotan una intención de cambiar el régimen de custodia de forma permanente, como para ser considerados merecedores del castigo previsto en el artículo 225 bis del CP, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas anteriormente, y sin que a ello obste el hecho de que Doña Vicenta reservara plaza en un Colegio de la localidad, lo que no presupone en sí una intención de permanencia respecto de la compañía de sus hijos sino de previsión a lo que pudiera suceder en un futuro a la vista de la resolución judicial que ella esperaba. Además la acusada creía ciertamente que los hijos podrían ser víctimas de malos tratos, tal y como hemos dicho más arriba, estando reforzada en su impresión por el informe psicológico de Don Constantino (folios 109 y ss.) y así lo corroboró en la Vista Oral la psicóloga Doña Nicolasa al afirmar que es posible que la madre creyera que fueran ciertos los malos tratos a los hijos, que no lo inventó, sino que interpretó erróneamente las manifestaciones de sus hijos.

Por otra parte, no hay que dejar de lado que tras la entrega de los hijos al padre, el día 18 de julio de 2008, éste se negó a su vez a entregarlos a la madre para el disfrute con la misma de su período vacacional alegando que ya habían estado con ella disfrutando de las vacaciones, y que ahora le tocaba a él (folio 258), y ni siquiera pasado tal período permitió el disfrute de las visitas de fin de semana con la madre «hasta que no se tome una nueva decisión judicial» según

el informe de Aprome (folios 258 y 294) en tal sentido, lo que no tuvo lugar hasta noviembre de 2008, siendo la primera visita de la madre a los menores en diciembre de 2008, sin que conste a la Sala que, a su vez, se abrieran diligencia penales por tal incumplimiento por parte del padre.

Por tal motivo consideramos que el recurso debe ser parcialmente estimado en el sentido de considerar que la conducta de la acusada no puede ser incluida dentro de lo previsto en el artículo 225 bis del CP, sin perjuicio de lo que diremos más adelante.

En el mismo sentido se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 1 de septiembre de 2006, Pte.: María Tardón Olmos, que afirma que «sólo en una interpretación exorbitante y desproporcionada podría, seriamente, sostenerse la imputación de un delito de sustracción de menores a la denunciada, con base a los hechos denunciados, puesto que bien claramente se advierte que solamente serán calificados como delito de sustracción de menores los ataques más graves para las relaciones paterno-filiales».

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de abril de 2009, que afirma: «Para este Tribunal, la reiterada comparecencia voluntaria en el Juzgado de Guardia el mismo día y en la propia Fiscalía pocos días después evidencia que su actuación difícilmente podía considerarse motivada por una intencionalidad dolosa, y en todo caso parece constatar ante dichas comparecencias un vacío o escasa agilidad en la actuación de las administraciones —de difícil comprensión para este Tribunal— que en ningún caso puede ser imputado o ir en contra de quien efectúa dichas comparecencias voluntarias.

Lo cierto es que el tipo penal castiga al “progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor”. El tipo penal exige por tanto una conducta radicalmente dolosa en el sujeto activo.

En el presente caso, este Tribunal estima que existe un conjunto de prueba circunstancial que lleva a dudar sobre la intencionalidad de las acusadas, ya que la intencionalidad de las acusadas no parece que fuera el de sustraer a los hijos/nietos sino el de protegerlos frente a una serie de situaciones de diversa entidad que afectan a la

salud (artículo 43 Constitución Española) de sus descendientes (artículo 39.3 CE) y que habían denunciado previamente sin éxito».

No obstante lo anterior, estimamos que si bien la conducta de Doña Vicenta no puede ser considerada como constitutiva de sustracción de sus hijos menores, no puede obviarse la reiterada falta de cumplimiento a las órdenes judiciales que recibió a fin de entregar a sus hijos al padre, lo que nos hace estimar que tal actitud se encuentra incluida en lo previsto en el artículo 556 del CP, relativo a la desobediencia a la autoridad judicial, que el Ministerio Fiscal solicitó alternativamente tanto en sus conclusiones provisionales como definitivas y reiteró en su escrito de oposición al recurso de apelación que ahora nos ocupa.

Al respecto, para que pueda considerarse punible el incumplimiento de un mandato, en este caso judicial, es necesario en primer lugar, la existencia de una orden o requerimiento concretos, y en segundo lugar, la constancia de su recepción por el destinatario. Como señala el TS S. 10 de julio de 1992 «la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminantemente dictado por la Autoridad o sus Agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene obligación de acatarlo y no lo hace». Es decir que el mandato ha de ser legítimo, emitido por quien tiene facultades para ello y obre dentro del círculo de sus atribuciones legales y el contenido de la orden ha de ser obligado cumplimiento por quien se niega a acatarla. Debe proceder requerimiento expreso, pues el mandato ha de darse a conocer al destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo.

Cumplidos estos requisitos objetivos, ha de concurrir también el elemento subjetivo del tipo, constituido por la negativa u oposición voluntarias al cumplimiento de la orden o mandato (Sentencias del TS 22 de junio y 10 de julio de 1992). Así, se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1998, que el elemento subjetivo del delito de desobediencia requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extra penal (es decir de la obligación de actuar gene-

rada por la resolución del Tribunal) y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas o implícitamente por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden, ello porque, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1998, el delito de desobediencia se manifiesta cuando concurren los elementos que lo integran, uno, objetivo, constituido por la negativa al cumplimiento, y otro, subjetivo, por la voluntariedad e intencionalidad de la conducta.

Por otra parte, destacaremos tal y como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008, que conviene tener presente que una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal *a quo* denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos. Y en el mismo sentido, continúa dicha sentencia diciendo que «La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de fijar el alcance de la expresión abiertamente». Tal idea ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, de 24 de febrero), si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, de 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada

o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (STS 1203/1997, de 11 de octubre).

Por tanto, no era preciso en este caso que la acusada diera una respuesta negativa expresa a la orden del Juzgado, sino que basta con la conducta omisiva que desplegó y además, de forma reiterada.

Pues bien, los elementos que se acaban de exponer como integrantes del delito de desobediencia son apreciables en la actuación omisiva de Doña Vicenta, descrita en la narración fáctica de la sentencia impugnada, puesto que Doña Vicenta fue requerida judicialmente en varias ocasiones para tal entrega, en primer lugar por la propia Sentencia de 23 de marzo de 2006 que establecía el régimen de visitas, y posteriormente, por la comunicación de la Secretaría Judicial, que le requirió para tal entrega en cumplimiento del auto de ejecución judicial de 17 de junio de 2008, seguida por la petición de la Comisión Judicial del Juzgado de Guadalajara que llevó a cabo el cumplimiento del exhorto

enviado en tal sentido y que se personó en su domicilio a fin de hacer efectiva tal entrega y ante la negativa de la acusada, motivó el dictado de un Auto del Juzgado de Guadalajara de entrada forzosa en su domicilio, a fin de hacer efectiva la entrega de los menores, la cual se llevó a cabo sin más incidencias, tras una nueva comparecencia de la Comisión Judicial en el domicilio de la acusada, ya con el citado Auto de entrada, que no fue necesario ejecutar de forma forzosa.

Por todo lo anterior, consideramos que se reúnen los requisitos necesarios para estimar que la acusada es autora de un delito de desobediencia, previsto y penado en el artículo 556 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sin que respecto de la graduación de la pena existan circunstancias concretas y especiales, distintas de las más arriba expuestas en relación al caso, que nos lleven a estimar pertinente la imposición de una pena superior a la mínima establecida por el correspondiente precepto penal.

# JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

## GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda la custodia compartida por semestres permaneciendo los hijos en la vivienda familiar y asumiendo el padre el pago de una segunda vivienda de alquiler que será ocupada alternativamente por los progenitores cuando no convivan con los hijos en el domicilio familiar.

### **Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Sentencia de 28 de enero de 2010**

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Francisco de Asís Serrano Castro**

En lo que concierne a las consecuencias y efectos derivados de dicho pronunciamiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 91 y ss. del Código Civil, procede adoptar, en la parte dispositiva de esta sentencia, las medidas definitivas que se estimen procedentes, equitativas, ajustadas al interés familiar, con especial atención al de los tres hijos menores de edad, de conformidad a los hechos que han resultado acreditados y en base a los siguientes fundamentos y razonamientos de índole material y jurídica:

En primer lugar, se debate sobre la cuestión esencial referente al modelo del ejercicio de las relaciones parentales de ambos progenitores con sus cuatro 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 manifiestas y notorias 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 otros que habiendo superado esa mentalidad apuestan por planteamientos de auténtica igualdad y paridad en el cumplimiento de las obligaciones domésticas, 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 del Código Civil).

En el presente caso, e incluso refrendándose esa alternativa como más favorable al interés de los hijos por parte del Ministerio Fiscal (artículo 92.8 Código Civil), pese a que inicialmente ambos progenitores proponían un régimen de custodia exclusiva, se ha puesto de manifiesto que la custodia compartida constituye el mejor modelo de parentalidad en atención a las circunstancias familiares concurrentes.

Al respecto se ha de llamar la atención, por un lado, en que esas circunstancias a valorar son las apreciadas en la actualidad sin que se pueda retrotraer ese examen a momentos pretéritos en las que la madre, efectivamente, pudo desempeñar un papel más relevante en la crianza de sus hijos, debido a coyunturales compromisos del padre que incluso le obligaron a desplazarse por un tiempo a Alemania y a traslados de residencia que fueron aceptados, pero perjudicando con ello la esposa su propia trayectoria profesional. En esos instantes, cuando los hijos eran más pequeños, indudablemente la propuesta parental ofrecida por la madre hubiera constituido la más acorde al bienestar e interés de los hijos.

Más actualmente, en el momento presente, consta que la familia goza de estabilidad en Sevilla. Ambos cónyuges también desarrollan esa actividad laboral fija y percibiendo una retribución que les ha permitido disfrutar de una buena calidad de vida y de una sobredimensionada capacidad de endeudamiento, aunque es evidente que el Sr. Manuel cobra un salario muy superior (6.000 euros mensuales) a los de la Sra. María (1.400 euros mensuales prorrateando pagas extras y sin descontar los anticipos que se reflejan en sus nóminas). Consta que el padre está dedicándose al cuidado y atención de sus hijos, cubriendo en gran medida las ausencias y carencias por parte de la madre por motivos no profesionales. Ambos se complementan, por tanto, en la crianza, educación, manutención y cobertura de sus necesidades, disponiendo de unos horarios laborales similares lo que facilita su predisposición y capacidad para asumir esas responsabilidades, más aún teniendo en cuenta que los hijos son ya adolescentes (el mayor incluso cumple la mayoría de edad en la fecha en que se redacta esta sentencia) por lo que gozan

de cierta autonomía para cubrir su asistencia material, requiriendo todos ellos, hoy en día, más del auxilio y asistencia afectiva por parte de su padre y de su madre.

La anterior afirmación no se basa sólo en una mera presunción sino que se ratifica ese criterio a la vista de lo expresado por los hijos ante el Equipo Psicosocial. Tanto Jesús como Laura manifestaron literalmente que creían que lo mejor sería una custodia compartida. En la valoración final del informe emitido, de fecha 13 de enero de 2011, el propio Equipo Psicosocial expone:

1. Ambos padres cuentan con capacidad y disposición adecuadas para proporcionar a sus hijos las atenciones y cuidados necesarios tanto de tipo material como afectivo, en ninguno de ellos se aprecian indicadores que les incapaciten para ejercer reponsablemente sus funciones parentales.

2. Las discrepancias que mantienen los progenitores en cuanto a la custodia de sus hijos parecen obedecer más a cuestiones ajenas a éstos, ya que ambos valoran adecuadamente que los menores se relacionen con el otro y sufran los menores cambios posibles valorando la custodia compartida de sus hijos como una alternativa posible.

3. En los menores se aprecia una vinculación afectiva con ambos progenitores, manifestando su deseo de tener relación con ambos por igual.

En coherencia a dicha valoración, en el informe se concluye que se dan las circunstancias favorables para establecer una custodia compartida.

Pero ahondando en la anterior fundamentación, también es de destacar que la propia Sra. María le expresó al Equipo Psicosocial que «consideraba que hubiera sido muy beneficioso para sus hijos tener una custodia compartida en la forma también apuntada por el padre». Por consiguiente, lo que resulta incongruente es la postura de la esposa quien en el acto de la vista se opuso a dicho régimen. Tanto el Ministerio Fiscal, como se ha apuntado, como el padre aceptaron esa modalidad de régimen parental,

que terminó por apuntalar el psicólogo infantil Don Rafael quien lo aconsejó como el más favorable al interés y bienestar de los hijos, recomendando una estancia alterna por períodos de, al menos, tres meses con cada progenitor.

En atención a todo lo expuesto y puesto que se considera que el modelo de custodia compartida resulta el más idóneo, el que sólo protege y garantiza el interés y bienestar de los menores (a tenor de lo establecido en el artículo 92.8.º Código Civil), se ha de modalizar ese régimen, de forma que cada progenitor tendrá consigo a sus hijos, conviviendo con ellos en el mismo domicilio y asumiendo la función de garante de ese cuidado y atención, por períodos alternos de 6 meses, comenzando a ostentar esa responsabilidad la madre. El otro progenitor, durante ese tiempo, tendrá el derecho y obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos en la forma que convengan procurando salvaguardar que se mantenga una saludable y flexible vinculación paterno y materno-filial. Subsidiariamente, con carácter mínimo, los tres hijos menores (y procurando que les acompañe el hijo que ha cumplido 18 años pero sigue siendo igualmente dependiente de sus padres) 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 (y con la misma puntualización con respecto al mayor de edad) los pasarán con uno y otro progenitor por mitades íntegras en consideración a los respectivos calendarios escolares. En 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 se deban arbitrar soluciones equitativas que, en todo caso, procuren la estabilidad de los hijos. En tal sentido se comparte la recomendación del psicólogo

infantil Don Rafael en el aspecto de que deben ser ellos quienes permanezcan en el domicilio familiar, al menos mientras que no se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales (posibilidad que seguidamente se analizará). Por consiguiente será el progenitor al que temporalmente no le corresponda estar con ellos con carácter habitual, en el primer período (como se ha dicho) el padre, el que deba abandonar la vivienda en un plazo no superior a un mes. Transcurrido ese plazo de 6 meses, será éste quien retornará al inmueble para disponer de su uso y disfrute junto a sus hijos.

Respecto de la segunda vivienda familiar, sita en la playa de Roquetas (Almería) y en consideración a lo establecido en el artículo 394 del Código Civil se estima que se ha de garantizar un uso alternativo conforme a su naturaleza sin perjudicar ni a uno ni a otro comunero. Con tal finalidad, se acuerda que el uso de dicha vivienda en los años pares corresponda al Sr. Manuel de agosto a enero, y en los años impares de febrero a julio, y a la inversa con respecto a la Sra. María. De esa forma también se compatibilizan, en interés de los hijos, los períodos de estancia con cada progenitor durante las vacaciones de verano.

Resulta patente que la atribución de la vivienda familiar por períodos alternativos conllevará que el cónyuge que no pueda disponer de la misma deba proveer a sus necesidades de residencia. A tal efecto, el Sr. Manuel, que es quien en primer término habría de abandonarla y quien dispone de unos ingresos muy superiores a los de su esposa (de ahí que para facilitar esa cobertura se haya adoptado por conceder a la esposa el primer período de estancia en el domicilio familiar), habrá de alquilar un inmueble que reúna las condiciones idóneas para cubrir las necesidades de sus hijos (mobiliario, dormitorios, servicios) dentro del mismo entorno urbano y, en todo caso, en el lugar más próximo al domicilio de la familia. El Sr. Manuel hará frente íntegramente a las rentas de dicho alquiler.

Transcurrido el primer período de 6 meses, y siempre que a la Sra. María le corresponda vivir fuera de la vivienda familiar, ésta se trasladará al inmueble alquilado por su marido (a cuyo

efecto éste deberá hacer constar tal circunstancia cuando suscriba el contrato de arrendamiento) quien seguirá obligado a seguir pagando las rentas en concepto de contribución a las cargas familiares.

Pese al elevado nivel de ingresos salariales, no obstante, como también se apuntó, el matrimonio asumió una excesiva cuantía de endeudamiento. Nada más que en cuota de hipoteca por la adquisición de la vivienda familiar, se abonaron 2500 euros mensuales. Por la segunda propiedad sita en Almería se pagan más de 400 euros mensuales.

Debido al notable desequilibrio de ingresos entre uno y otro cónyuge, lo que justifica la fijación de pensión compensatoria en favor de la esposa (artículo 97 Código Civil), se estima procedente que el Sr. Manuel asuma íntegramente ambas cuotas hipotecarias, entendiendo que en la parte proporcional (50%) que correspondería abonar a la esposa, por integrar esas deudas parte del pasivo de la sociedad de gananciales, se satisfará en el concepto de pago de pensión compensatoria.

En el supuesto que el Sr. Manuel (y nunca antes de final del año 2011 con el fin de perturbar lo menos posible a sus hijos), opte por instar la liquidación de la sociedad de gananciales, incluyendo en el activo (que es más bien pasivo dada su carga hipotecaria) la vivienda familiar, si una vez liquidada se transmitiera a tercero subrogándose éste en la hipoteca, ambos copartícipes, en su caso y de existir, se repartirían el sobrante del valor de la hipoteca. En tal caso el Sr. Manuel debería buscar otra vivienda adecuada para cubrir las necesidades propias y de sus hijos, y ante el ahorro sustancial por no tener que pagar las cuotas de hipoteca, seguiría haciendo frente a las rentas de la vivienda alquilada, en tal supuesto en el concepto de pensión compensatoria.

Si el domicilio familiar se adjudicara al Sr. Manuel, asumiendo él íntegramente el pago de la hipoteca, y previa compensación, también de existir con arreglo a la valoración actualizada de mercado del inmueble, a la esposa de la mitad del sobrante, deberá igualmente seguir abonando las rentas de la vivienda alquilada en el mismo concepto de pensión compensatoria.

En ambos casos esa obligación de pago de renta, en concepto de pensión compensatoria, se limitaría por un plazo máximo de 10 años. De no liquidarse la vivienda familiar y la 2.ª vivienda sita en Almería o bien sólo una de ellas, el Sr. Manuel vendría sólo obligado a seguir abonando en concepto de pensión compensatoria la parte proporcional correspondiente a su esposa hasta transcurrido ese plazo de 10 años, ya que transcurrido ese tiempo dicha contribución sería reintegrable a tenor de lo dispuesto en el artículo 1403 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de que antes pudieran apreciarse causas para entender desaparecida la causa de desequilibrio que motiva la fijación de la pensión compensatoria en los términos acordados dando lugar a su extinción a tenor de lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil.

En concepto de contribución a las necesidades alimenticias de los hijos, ambos progenitores asumirán los gastos ordinarios que se devenguen durante los períodos en que los hijos estén a su cargo. Asumirán también por mitad los generados por educación (incluidas matrículas, clases particulares que ambos consensúen, libros, material escolar y excursiones también consensuadas) y atención sanitaria no cubierta por la seguridad social ya que la cubierta se entenderá englobada como gasto ordinario a cubrir por cada uno en sus correspondientes períodos de convivencia.

Con respecto a otros gastos extraordinarios, excepcionales, imprescindibles, no periódicos, necesarios, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores y expresamente previamente consensuados, se sufragarán en una proporción del 80% por el padre y del 20% por la madre, en consideración a su diferencia de ingresos salariales.

La Sra. María asumirá el pago de las cuotas de comunidad de la vivienda familiar cuando resida en la misma, asumiendo ese pago el Sr. Manuel cuando también le corresponda disponer de la misma. Ambos asumirán por mitad las cuotas extraordinarias de comunidad y de IBI de la vivienda. La cuota de comunidad y de IBI de la vivienda de Almería se abonarán también al 50%.

## PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se constituye la adopción solicitada por los acogedores simples de la menor aunque exista oposición de la entidad pública y no conste propuesta previa de ésta.

**Juzgado de 1.ª Instancia n.º 29 de Madrid, Sentencia de 24 de febrero de 2010**

Magistrada-Juez: **Ilma. Sra. D.ª Teresa Martín Nájera**

La representación de la parte actora formula demanda de oposición a la resolución administrativa dictada por la comisión de Tutela del Menor de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid el 9 de junio de 2010 en la que se acuerda desestimar la solicitud de adopción de los actores de la menor Társila que tenían en acogimiento temporal mediante contrato firmado el 17 de junio de 2009 que fue prorrogado el 18 de enero de 2010. En la misma fecha se decreta también el cese del acogimiento familiar simple por parte de los actores.

La menor nació el 2 de noviembre de 2007 en la prisión donde se encontraba su madre donde vivió hasta poco antes del fallecimiento de la madre ocurrido en mayo de 2009. La madre carecía de familia en España y la Comunidad de Madrid, por deseo de la madre, localizó al padre biológico que se encontraba en Italia para ver sus intenciones y que realizara el procedimiento judicial para el reconocimiento de la menor.

La menor se adaptó muy bien a la familia de los acogedores que supieron realizar de forma excepcional la labor de acogida, apoyo y cuidado de Társila y la niña se encuentra en la actualidad perfectamente integrada y cuidada en ese núcleo familiar. Los acogedores mantienen que se les propuso que estudiaran la posibilidad de adoptarla lo que niega la Comunidad. Sobre esta proposición no existe prueba alguna. Pudo ser un malentendido pero, en cualquier caso, existiera o no, no es un hecho ni mucho menos relevante para decidir el proceso como luego veremos. El día 19 de octubre de 2010 se dictó auto suspendiendo con carácter cautelar la ejecución del acto administrativo del cese del acogimiento. La Comunidad de Madrid se opone en base a que los actores se acogieron al programa de acogimiento familiar simple y aceptaron su

carácter temporal, y los requisitos de idoneidad de las familias que se acogen al programa son distintos de los acogimientos permanentes y mucho más al programa de adopción. No era posible prever la duración del acogimiento en un principio. Relata que dada su cada vez mayor vinculación emocional con la niña, varían su inicial voluntad solidaria de ayudar por un tiempo determinado a ser ellos los adoptantes de la menor. Indica que los padres desaparecieron con la menor para evitar la entrega, que obtuvieron una autorización de entrada en el domicilio y han incumplido sus obligaciones para la Comunidad de Madrid que es la tutora del menor. Sin embargo la parte demandada no ha usado sus posibilidades legales y ha intentado la entrega voluntaria de la menor. La edad media para adoptar, dependiendo de la edad del menor es de 40 o 43 años y los actores tienen 48 de media. No existe declaración de idoneidad para la adopción. La Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid reunida en sesión plenaria el 9 de junio de 2010 acuerda desestimar la solicitud de adopción de los actores en base a que la diferencia de edad es superior a los 40 años lo que contradice la legislación vigente en materia de adopción, que la acogedora percibe una pensión por gran invalidez que de acuerdo con el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social supone la necesidad de la asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida. Por otra parte la Comunidad de Madrid dispone de 1.698 ofrecimientos inscritos al amparo de la legislación vigente y existe un importante número de familias declaradas idóneas para la adopción de niños de las características de la menor referida. Por ello concluyen que el tránsito adecuado a una nueva familia no supone riesgo para ella mientras que la adopción por sus acogedores no garantiza su superior interés

a largo plazo dada la edad y situación sanitaria de éstos. Acuerda el cese del acogimiento. La parte actora solicita se dejen sin efecto los dos acuerdos adoptados mencionados y se acuerde constituir la adopción plena de Társila a favor de sus mandantes.

Se ha practicado un informe psicosocial cuyo contenido se asume del que resulta como conclusiones: «La evaluación de Don Abel y Doña Leocadia corrobora los informes de octubre y diciembre de 2009 emitidos. Los dos forman un matrimonio que valoran mucho su relación de pareja, se respetan, se complementan y tiene un proyecto común de vida. Los dos tienen una buena capacidad intelectual, y presentan unas personalidades maduras, estables, con autonomía y capacidad de asumir responsabilidades a todos los niveles. Han actuado como buenos educadores en el desarrollo integral de Társila, le han proporcionado su afecto cubriendo las necesidades psicoafectivas de la menor. Su posición económica holgada y sus características laborales les permiten compartir mucho tiempo con la pequeña. Su madurez personal y su habitual dinámica familiar han proporcionado un entorno beneficioso a la menor. Es por ello, que la sintomatología que según parece presentaba Társila al iniciar la convivencia con ellos ha desaparecido y en la evaluación se aprecia un buen desarrollo madurativo en todos los aspectos físico, personal, social y de aprendizaje. Társila ha interiorizado a Don Abel y Doña Leocadia como su papá y su mamá creando un vínculo afectivo sólido, estable y de apego que le gratifica y a los que corresponde con todo su cariño creándose un núcleo familiar muy bueno para ella en estos quince últimos meses. Nuestra consideración psicosocial es que la permanencia de la menor con Abel y Leocadia es lo más beneficioso para su desarrollo integral».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid dictada el día 15 de febrero de 2011 dice: «La controversia suscitada debe encontrar respuesta del Tribunal bajo la inspiración del principio del *favor filii* que, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico interno, proclaman los artículos 39 de la Constitución y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996. Conforme a estos últimos, cualquier medida, judicial o ad-

ministrativa, que afecte a un menor habrá de estar presidida por el interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir». Al folio 94 consta informe de Meninos sobre el seguimiento del acogimiento temporal y propuesta de cambio de las medidas respecto a la menor Társila emitido el 19 de mayo de 2010 que después de un amplio historial recogen que la familia acogedora ha expresado su deseo de adoptar a la menor a pesar de que en principio tenían claro que era temporal. En el último período de la familia ha perdido la objetividad de su rol como acogedores en concordancia con la fuerte vinculación emocional que han establecido con la menor. Consideran que la pareja ha desempeñado un excelente papel como familia acogedora temporal, sin embargo de cara al interés superior de la menor, la actual familia acogedora no constituye la mejor alternativa familiar para la adopción y también que sería imprescindible el compromiso familiar e institucional de llevar a cabo un progresivo y coordinado proceso de adopción de la menor.

En una nota interna de Meninos fechada el 28 de mayo de 2010 informan que en el mes de abril la madre expresa su deseo de permanecer con la niña mientras que el padre comprende que lo mejor para ella es que se busque otra familia. Se la informó que se valoraría su caso después de varias conversaciones, así como del resultado final de denegarlo. No acudieron a la cita por lo que se les explicó telefónicamente y se percibió que no comprenden ni comparten la valoración realizada, que se encuentran enfadados y frustrados. En el momento actual y dada la historia de Társila y la buena evolución durante el acogimiento simple constatado por todos los técnicos y pensando siempre en el superior interés de la menor, que debe prevalecer sobre cualquier otro, por legítimo que sea como es en este caso las condiciones del acogimiento familiar simple y que no se encuentren inscritos los acogedores en la lista de adoptantes o que no reúnan los requisitos de edad o salud para la adopción establecidos por la Comunidad de Madrid. Toda esta normativa es legal por supuesto y necesaria para establecer prioridades para la adopción, pero en el caso de autos nos encontramos con unos hechos consumados que no han

sido buscados de propósito por los acogedores que no han actuado de forma subrepticia para forzar una adopción que, como se dijo en el auto, ni querían ni estaba dentro de su proyecto vital. Es un apego que se ha realizado por parte de la niña, correspondido por los padres, motivado por una situación de transcurso de tiempo, que tampoco aparece como responsabilidad de nadie y por la buena relación entre el nuevo grupo familiar. Es claro que la oposición a las resoluciones administrativas dictadas por la Administración en materia de protección de menores suponen dejar sin efecto lo acordado por la Administración y resolver por tanto la situación del menor. La resolución dictada el 9 de junio de 2010 desestima la solicitud de adopción realizada por Doña Leocadia y Don Abel de adopción y la estimación de la demanda en beneficio del menor que se realiza en esta sentencia supone constituir la adopción de Társila por los acogedores.

El CC regula la adopción en los artículos 175 y siguientes. En este caso los demandantes no están incurso en causa de prohibición. El artículo 176 contempla el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio

de la patria potestad. Es claro que la idoneidad de los demandantes ha sido acreditada a través del informe psicosocial realizado en autos y también, al menos parcialmente, por su idoneidad como acogedores en el sentido de que son personas con capacidad para cuidar, educar y alimentar a un menor, si bien con carácter temporal. No existe en este caso la propuesta previa de la Entidad Pública, cuya negación es precisamente el objeto de este procedimiento de forma que, para compaginar las disposiciones legales, hemos de entender que es precisamente esta resolución que ahora se dicta la que suple tal propuesta. Y en este sentido el artículo 176 del CC permite que no sea necesaria esta propuesta en una serie de supuestos, pudiendo considerarse incurso el supuesto por analogía en el n.º 3 ya que, si bien el acogimiento no es preadoptivo, ha de entenderse que se refieren a situaciones en que el menor y los adoptantes llevan más de un año juntos y con un seguimiento o control, previo y posterior por parte del organismo oportuno, como ocurre en el caso de autos por lo que procede estimar la demanda íntegramente, dejar sin efecto los acuerdos dictados y acordar la adopción de Társila por parte de los actores.



Revista de

# Derecho de Familia

---

**RESOLUCIONES DE LA DGRN**

---



# REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

## I. INSTRUCCIÓN

### **DGRN, Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**

---

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, regulada en los artículos 764 y siguiente de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General ciudadanos espa-

ñoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

Esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución ha sido recurrida en sede judicial.

Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lu-

gar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros civiles en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la presente Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño,

violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue

dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC.

En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

Primera.—1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Segunda.—En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Madrid, 5 de octubre de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.

## II. RESOLUCIONES

La escritura de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, complementada con el acta de notoriedad, es título traslativo suficiente para solicitar la inmatriculación de una finca.

### DGRN, Resolución de 19 de octubre de 2010

1. Se plantea en el presente recurso si cabe o no inmatricular una finca en el Registro de la Propiedad mediante título público de su adquisición, complementado con acta de notoriedad, conforme a los artículos 199.b) y 205 de la Ley Hipotecaria, cuando aquel título es una escritura de aportación de dicho inmueble a la sociedad de gananciales del aportante.

En esencia, la Registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la aportación a la sociedad de gananciales es un negocio de fijación o calificación jurídica, inscribible pero carente de efectos traslativos.

2. Respecto de la aportación a la sociedad de gananciales, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996, 15 y 30 de diciembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 21 de julio de 2001, 17 de abril de 2002, 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007 y 29 y 31 de marzo de 2010) que los amplios términos del artículo 1323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características—. Estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil.

En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3.º y 1274 y siguientes del Código Civil). Ello no impide que dicha especificación causal del negocio haya de ser interpretada en sus justos términos. A tal efecto será suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, interpretados en el contexto de la finalidad que inspira la regulación de los referidos pactos de atribución de ganancialidad tendentes a ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, en el marco de la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial—.

La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vid. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193.2 del Reglamento Hipotecario) que, por cierto, consisten en una inscripción propiamente dicha. Este último dato permite asimismo diferenciar la aportación a la sociedad de gananciales de otros actos no traslativos que afectan al régimen de los bienes del matrimonio y que pueden hacerse constar por medio de una simple nota marginal (vid. artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario).

3. Respecto de la virtualidad inmatriculadora de la aportación a la sociedad de ganancia-

les, frente a la objeción expresada por la Registradora debe tenerse en cuenta que, aun dejando al margen el análisis de las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de dicho negocio, lo cierto es que comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa ganancial (constituida por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso). Dicho transvase patrimonial tiene indudables consecuencias jurídicas, tanto en su aspecto formal como en el material, en la medida en que implica una mutación sustancial de la situación jurídica preexistente, con modificación de los poderes de gestión y disposición que sobre el bien ostentaba previamente el aportante. Se trata de un negocio de tráfico jurídico que tiene innegable trascendencia respecto del régimen jurídico aplicable en relación con el bien aportado, especialmente en lo atinente a la capacidad para administrarlo y disponer del mismo. Según este criterio, debe estimarse que el negocio de aportación cumple el requisito de existencia de título público de adquisición a efectos inmatriculadores.

4. Por otra parte, en relación con la inmatriculación de fincas por título público al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y concordantes, esta Dirección General ha constatado en múltiples ocasiones que dicha inmatriculación está facilitada en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que basta que el adquirente de una finca presente un título público donde conste su adquisición y se acredite la adquisición anterior de su transmitente mediante un documento auténtico.

Diversas Resoluciones de este centro Directivo (cfr. las dictadas entre el 26 y el 30 de julio de 2005, así como las de 11 de marzo de 2006 y 21 de mayo de 2007, entre otras) impidieron

la inmatriculación de fincas cuando los títulos aportados podían considerarse como ficticios, pero la posibilidad de apreciar tal carácter ha de entenderse en sus justos términos, dentro de los cauces del procedimiento registral, pues habrán de ser el conjunto de circunstancias que concurrirán en cada caso —y muy especialmente el iter documental seguido— las que podrán llevar, en su caso, a la conclusión sobre la existencia de la fundada sospecha, y no una mera suposición o conjetura, de que la documentación haya sido elaborada *ad hoc* al sólo objeto de conseguir la inmatriculación. Mas, en el presente supuesto, no se han apreciado tales circunstancias.

En todo caso, tales excepciones no deben llevar a desvirtuar el carácter reglado del procedimiento de inmatriculación, de modo que con carácter general el Registrador ha de practicar las inscripciones solicitadas, siempre que se presenten títulos que cumplan los requisitos legalmente establecidos al efecto.

En este caso, la falta de título previo ha sido suplida mediante un acta notarial de notoriedad tramitada conforme al artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe hacer objeción alguna a este respecto.

Todas las Resoluciones de esta Dirección General que han denegado la inmatriculación del negocio de aportación (cfr., por todas ellas, la de 21 de mayo de 2007, que, por lo demás, afirma que «en el presente caso este Centro Directivo no prejuzga en modo alguno la validez sustantiva del pacto contenido en la escritura calificada») se han basado en que se buscaba con ello crear una documentación artificial con objeto de conseguir la inmatriculación, circunstancia que no puede apreciarse en el presente caso.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que anteceden.

**Se deniega la petición de expedición de certificaciones literales de las inscripciones de todas las fincas registrales de las que han sido titulares los cónyuges, alegando como interés legítimo la liquidación de la sociedad de gananciales, dado que las personas a las que se refieren las certificaciones no son titulares de ninguna finca o derecho sobre ellas, y ni la solicitante ni su anterior cónyuge aparecen en inscripción alguna relativa a estas fincas.**

1. Como cuestión formal previa, la recurrente alega que la calificación recurrida incurre en insuficiencia de motivación, vulnerando la doctrina de este Centro Directivo que exige que la motivación debe ser íntegra. Hay que recordar a este respecto que ciertamente la calificación del Registrador cuando sea negativa, tal como resulta de los artículos 19 bis y 65 de la Ley Hipotecaria, ha de señalar expresamente las causas impositivas, suspensivas o denegatorias, y la motivación jurídica de las mismas con sus respectivos hechos y fundamentos de derecho, y con indicación de los medios de impugnación, exigencias que son aplicables igualmente al caso de denegación de la expedición de certificaciones del contenido de los libros registrales (cfr. artículo 228 de la Ley Hipotecaria). Por otra parte, ha de recordarse igualmente que conforme a la ya reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la necesaria motivación de la calificación registral y a su suficiencia, hay que entender que aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado pueda alegar cuanto le convenga para su defensa, como lo demuestra en este caso el contenido del escrito de interposición del recurso. En efecto, el Registrador ha señalado con claridad el defecto, ha expuesto los hechos y ha fundado aquél en diversos preceptos, con cita y transcripción, por lo que no cabe concluir afirmando que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica, ni mucho menos que se haya coartado el derecho a la interposición del recurso y el derecho a la tutela judicial efectiva. La motivación ha sido suficientemente expresiva de la razón que justifica la negativa a la inscripción (en esencia falta de interés legítimo del solicitante en la petición y protección de datos personales), de modo que la recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de la interposición del recurso (cfr. Resoluciones de 21 de marzo, 25 de octubre, 1 y 3 de diciembre de 2007 y 8 de mayo de 2010).

2. Una segunda cuestión de carácter previo se refiere a la alegación de la recurrente relativa a que el Registrador incurre en falta de

imparcialidad por concurrir en el mismo causa de abstención para intervenir en la calificación del asunto a que se refiere el presente recurso, por lo que su calificación contraría lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento Hipotecario y 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se basa tal conclusión en la afirmación de «la existencia de parentesco e interés directo reseñada con el Sr. G.C.», ex cónyuge de la recurrente. Examinada la documentación aportada por la recurrente a fin de acreditar tal extremo, se observa que la única relación de parentesco que cabe observar es la que vincula a doña I.G.A.C., de la que se dice ser esposa del Registrador calificante —extremo, no obstante, no acreditado— y prima hermana del ex cónyuge de la recurrente. Sin embargo, tal alegación no puede compartirse. Por un lado, ninguna relación se acredita ni alega entre la persona de la que se solicita la información registral denegada —don M. I. T.— con el Registrador. Por otro lado, aun partiendo por hipótesis de la certeza del vínculo conyugal de doña I.G.A.C. con el Registrador, y de la condición de ésta como prima hermana del ex cónyuge de la recurrente (sobre lo que no se ha aportado prueba documental alguna), el vínculo entre el Registrador y dicho ex cónyuge es de parentesco de afinidad fuera del segundo grado (cfr. artículos 915 a 920 del Código Civil) que fija tanto el artículo 102 del Reglamento Hipotecario como el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para generar una causa de abstención. Tampoco se ha planteado en ningún momento, en los reiterados escritos de solicitud de información por parte de la recurrente, la recusación del Registrador calificante. Finalmente hay que recordar la reiterada jurisprudencia conforme a la cual la actuación en un procedimiento de un funcionario en quien concurre algún motivo de abstención, no implicará necesariamente la invalidez de los actos que se dictaren (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984 y 6 de septiembre de 1985, entre otras), por lo que, con independencia de las consecuencias jurídicas de otro orden que pudieren derivar en caso de incumplimiento de la obligación de abstención por parte de los Registradores, ello no empece a la procedencia de la revisabilidad

de su actuación en vía de recurso para valorar la conformidad a Derecho o no de su calificación.

3. Entrando en el fondo del recurso, el único problema que plantea es el de dilucidar si la solicitante de la publicidad registral está legitimada para acceder a la misma en el presente supuesto, en el que la petición tiene por objeto «certificación literal (fotocopia) de todas las inscripciones de todas las fincas registrales de las que ha sido titular M.I.T o M.E.I», alegando como interés legítimo la liquidación de su sociedad de gananciales.

El Registrador se opone a la expedición de la certificación alegando que se ha manifestado de forma genérica el pretendido interés legítimo; que la titularidad a que se refiere la solicitud no está vigente en la actualidad, ni tampoco las fincas a que se refiere; y que no aparece referencia alguna de la solicitante ni su anterior cónyuge en ninguna de las fincas, circunstancias que le llevan a denegar la publicidad solicitada por entender que la solicitante carece de interés legítimo para la obtención de la publicidad que solicita, con cita de los artículos 609 del Código Civil, 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de Reglamento, así como con base en el obligado respeto a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, que se considera incompatible con la amplitud de la información solicitada.

4. En cuanto a la falta de interés legítimo, es cierto que, como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. Instrucción de 5 de febrero de 1987), conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, aun partiendo del principio general de publicidad, el contenido del Registro sólo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 16 de junio de 1990 y de 7 de junio de 2001). Este interés ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el artículo 221.2 presume dicho interés), directo (en

caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el núm. 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario), y legítimo (cfr. artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario). Este concepto de «interés legítimo» es más amplio que el de «interés directo», de forma que alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 24 de febrero de 2000 aclaró que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo «aparece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a Derecho».

Esta necesaria cualificación del interés concurrente en el solicitante de la información registral queda patente, como ha señalado la doctrina, cuando se somete a contraste el contenido del artículo 607 del Código Civil, al establecer que «El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos» con sus antecedentes prelegislativos que utilizaban la expresión mucho más amplia, referida al solicitante, de «cualquiera que lo exija» que figuraba en el artículo 1736 del Proyecto del Código Civil de 1836 y en el artículo 1885 del Proyecto de Código Civil de 1851, expresión que el Código Civil definitivamente aprobado, tomándola de la Ley Hipotecaria primitiva, sustituye por la exigencia del «interés conocido» (cfr. artículo 607 transcrito).

5. Por otra parte, desde el punto de vista del objeto y extensión de la publicidad, el interés expresado no es cualquier interés (pues entonces la prueba la constituiría la mera solicitud), sino un interés patrimonial, es decir, que el que solicita la información tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual el conocimiento que solicita resulta relevante. En este sentido, por un lado, el artículo 14 de la Instrucción de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1996 ya señalaba que la obligación del Registrador al tratamiento profesional de la publicidad formal excluye la manifestación de los datos carentes de transcendencia jurídica. Y, por otro lado, la

publicidad formal ha de expresar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, pero sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante.

6. Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del Registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Ello no significa que el Registrador pueda discrecionalmente manifestar el contenido de los asientos registrales, sino que queda bajo su responsabilidad la publicidad del contenido de los asientos. Tratándose, como en el supuesto de hecho planteado, de certificaciones que se refieren a asientos no vigentes, el Registrador debe extremar su celo en la acreditación del interés. Debe en este punto recordarse el criterio restrictivo que respecto de la publicidad de los asientos ya cancelados se desprende de nuestra legislación hipotecaria. Así, resulta de las reglas especiales que a tales asientos se dedican, como la relativa a la imposibilidad de acceder a esta clase de asientos a través del medio más común de publicidad registral: la nota simple informativa (cfr. artículo 222, núm. 5, de la Ley Hipotecaria); o que para la certificación literal sólo comprenderá los asientos vigentes, sin incluir los cancelados, salvo solicitud expresa del Juez o Tribunal o de los interesados (cfr. artículos 234 de la Ley Hipotecaria y 340 del Reglamento Hipotecario).

En el caso que nos ocupa, se invoca como interés legítimo la liquidación de la sociedad de gananciales; sin embargo, según resulta de la propia nota de calificación, la persona a que se refiere la certificación no es titular actual de ninguna finca o derecho sobre las mismas; las fincas de las que ha sido titular no están vigentes, y ni la solicitante de la información ni su anterior cónyuge aparecen como referidos en inscripción alguna relativa a estas fincas. Por ello, la liquidación de la sociedad de gananciales, en principio, y salvo que se complemente la solicitud de expedición, no justifica la existencia de interés legítimo en la petición de información.

7. En cuanto a la objeción opuesta por el Registrador basada en el obligado cumplimiento de la legislación de protección de datos personales, hay que recordar que el artículo 222, núm. 6, de la Ley Hipotecaria dispone que «Los

Registradores, al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal». A dicha obligación también se refiere la Instrucción de 17 de febrero de 1998, antes citada, cuyo artículo 4 establece que «Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles deberán cumplir las normas aplicables sobre protección de datos de carácter personal», y que «La solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro».

Por tanto, queda bajo la responsabilidad del Registrador la atención de las consultas relativas a la publicidad de datos personales. Este principio se fundamenta, como recordó la Instrucción de esta Dirección General de 27 de enero de 1999, en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece que sólo se podrán recoger datos de carácter personal para el tratamiento automatizado cuando los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos conforme a las finalidades para las que se hayan obtenido, y en el artículo 4.2 de la misma Ley que previene que los datos no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubieran sido recogidas. En este sentido, en cuanto al objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de noviembre de 2000 aclaró que «no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales ... por consiguiente también alcanza aquellos datos personales públicos que por el hecho de serlos, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así los garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo

servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

8. En consecuencia, en el marco del principio general de publicidad, los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes (vid. artículo 4 de la Instrucción de 5 de febrero de 1987 y principio tercero de la Instrucción de 17 de febrero de 1998). Y ello sin perjuicio del régimen especial legalmente previsto para la publicidad o cesión de datos a favor de funcionarios y Administraciones Públicas para el ejercicio de sus atribuciones (cfr. artículo 21 de la Ley Orgánica 125/1999, de 13 de diciembre).

Así, reducida, en nuestro sistema registral, por razones de seguridad, eficacia, eficiencia y economía, la investigación jurídica de la propiedad y de las empresas a la mera solicitud de publicidad formal, es preciso cohonstar esta simplicidad procedimental con la finalidad que le atribuyen sus normas rectoras y conciliarla con los principios que inspiran nuestra legislación en materia de protección de datos. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Contencioso-Administrativo— de 7 de junio de 2001 recuerda la necesidad de expresar la causa y finalidad de la consulta para que el Registrador pueda, no sólo calificar la concurrencia de interés legítimo, sino también para que pueda velar por el cumplimiento de las normas sobre protección de datos de carácter personal. Y para ello resulta fundamental, como hemos visto, ajustar la publicidad registral a la finalidad para la que está institucionalmente prevista. Pues bien, la citada Instrucción de 17 de febrero

de 1998 se ocupó de la delicada misión de fijar dicha finalidad, haciéndolo en los siguientes términos: «Se consideran, pues, finalidades de la institución registral la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación,...), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el Registro, de manera que el Registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos (artículo 18.4 de la Constitución *habeas data*, vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993)».

9. Todo ello supone que el Registrador ha de calificar, no sólo si procede o no procede expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho (en el caso del Registro de la Propiedad) que se solicita, sino también qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información, pues cabe perfectamente que puedan proporcionarse ciertos datos registrales y no otros relativos a una misma finca o entidad. Y en este punto ha de recordarse, por un lado, que el artículo 4 de la Instrucción de 17 de febrero de 1998 dispone que «La solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro» y, por otro, que el artículo 14 de la Instrucción de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1996 obliga al Registrador a excluir de la publicidad registral la manifestación de los datos carentes de transcendencia jurídica, los cuales sólo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular. Esta garantía, exigida por el necesario respeto de los derechos derivados de la legislación sobre protección de datos, adquiere mayor relevancia cuando, como sucede en el presente caso, la petición de publicidad formal incluye la obtención de fotocopias de los respectivos históricos registrales, medio de reproducción del contenido de los asientos del Registro respecto del que este Centro Directivo ha mantenido un criterio restrictivo (recuérdese que, como muestra del referido criterio, la reiterada Instrucción

de 17 de febrero de 1998, tras invocar el artículo 18 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de carácter personal, dispuso en su artículo 2 que «Los Registradores de la Propiedad cuando realicen la manifestación mediante exhibición de los libros, previo control profesional de su contenido y por concurrir circunstancias excepcionales que así lo aconsejen, deberán hacerlo por medio de fotocopia de los asientos, la cual no podrá retirarse por el interesado ... sin que le sea permitido al particular copiar los asientos»).

Por tanto, si se tiene en cuenta los anteriores razonamientos y, particularmente: a) que entre las finalidades institucionales del Registro de la Propiedad no figura la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en los asientos del Registro; b) que la publicidad del Registro no puede extenderse a los datos sin relevancia patrimonial ajenos a la finalidad institucional del Registro ni a los datos carentes

de relevancia jurídica obrantes en los historiales registrales, los cuales sólo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular; c) que la solicitud a que se refiere este recurso no tiene por objeto fincas determinadas, sino todas las que hayan figurado a nombre de determinada persona; y, d) que la finalidad invocada en la solicitud como justificativa del interés legítimo de la peticionaria —referida a una liquidación de su sociedad de gananciales— no guarda relación con los bienes a que se refiere la petición, pues en los respectivos historiales registrales no figura ni la solicitante ni su ex cónyuge; hay que concluir que no existe en el presente caso el interés legítimo exigido por la Ley para obtener la información registral con el contenido, extensión y forma solicitadas.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

**Para la inscripción de una partición judicial, acordada sin oposición, no es suficiente el testimonio del Auto expedido por el Secretario judicial, pues se precisa además su protocolización notarial.**

### DGRN, Resolución de 9 de diciembre de 2010

---

1. Se debate en el presente recurso si para la inscripción de una partición judicial, acordada sin oposición, es suficiente el testimonio del Auto expedido por el Secretario judicial, o si, por el contrario, se precisa además su protocolización notarial. En el Auto testimoniado, la Magistrado-Juez ordena al Decano del Colegio Notarial de Madrid «para que participe el notario a quien por turno corresponda la protocolización y conocido, remítansele las operaciones divisorias y testimonio del presente auto».

2. Como precisión previa debe advertirse de que no serán objeto de resolución los otros dos defectos alegados por la Registradora, toda vez que no han sido recurridos, debiéndose señalar que de conformidad con el artículo 326

de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. En la misma línea, la Resolución del recurso sólo versará sobre los términos del mismo y de la nota de calificación del Registrador.

3. La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siendo reiterada su exigencia en la reciente Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Ofi-

cina Judicial, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 787. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Auto y con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, mediante decreto del secretario judicial, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

4. Este Centro Directivo afirmó en su Resolución de fecha 13 de abril de 2000 la posibilidad de inscripción de la partición judicial sin necesidad de protocolización, aunque hubiera finalizado sin oposición. Sin embargo, se trataba de un supuesto distinto del actual, pues en

aquel caso el propio juez que aprobó las operaciones particionales dispuso en el auto dictado la inscribibilidad directa del testimonio del mismo, subordinando tan sólo la protocolización notarial a la previa petición del interesado. En el supuesto de hecho de este expediente, ocurre lo contrario, ya que la propia Magistrado-juez ordena oficiar al Decano del Colegio Notarial para que participe al Notario a quien por turno corresponda la protocolización y remitirle las operaciones divisorias y Testimonio del Auto, por lo que debe reconducirse la solución a la regla general de necesidad de protocolización notarial de la partición realizada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.



Revista de

# Derecho de Familia

---

**SECCIÓN PRÁCTICA**

---



## LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La adopción por los progenitores o por imposición judicial del sistema de custodia compartida no significa una derogación de los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil que regulan los alimentos. Las necesidades de los hijos deben seguir atendiéndose como dice el artículo 145 del CC: «Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo», y la cuantía de la pensión alimenticia, como indica artículo 146 del mismo cuerpo legal «será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe».

Como es fácil intuir, la interpretación de estos preceptos se venía haciendo en base a unos cánones muy específicos que imperaban en las crisis matrimoniales (que no de parejas de hecho) de los años ochenta, y que son los que anteriormente comentamos, es decir, atribución de la custodia a la madre, reducido régimen de visitas con el padre y establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre.

¿Qué modificaciones en este sistema implica la custodia compartida? El fundamental es que el padre va a dejar de ser un visitador para convertirse también en padre y va a pasar más tiempo con los hijos lo que conllevará que durante este período tendrá que hacerse cargo de sus necesidades alimenticias por lo que la pensión alimenticia que en su caso deba abonar ya no será la misma que en los supuestos de custodia individual.

No se contiene en el Código Civil ninguna norma específica de prestación de los alimentos entre los progenitores en supuestos de custodia compartida. En la legislación autonómica tenemos las siguientes referencias a los gastos de asistencia de los hijos:

- Cataluña: En el artículo 233-10.3 del CC de Cataluña sí se incluye expresamente una previsión cuando se establece este modelo de custodia: «La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente».
- Valencia: El artículo 7 de la Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos hijos no conviven, poco aporta en este sentido, dado que preceptúa que «En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores», si bien clarifica el tema de los gastos extraordinarios: «Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la auto-

ridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial».

- Aragón: En el artículo 8 de la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, se indica lo siguiente: «... 3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. 4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto».

Para arbitrar la cobertura de las necesidades de los hijos en supuestos de custodia compartida deberán tenerse en cuenta dos factores: el reparto efectivo del tiempo de convivencia y la capacidad económica de los progenitores.

## 1. TIEMPO QUE PERMANECERÁN LOS HIJOS CON CADA UNO DE LOS PROGENITORES

Como señala la STSJ de Cataluña n.º 29/2008 «Teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia “compartida” pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (artículo 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (artículo 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios».

En consecuencia, si el reparto del tiempo de convivencia no es igualitario, en principio, ese mayor tiempo que permanecen los hijos con un progenitor deberá ser compensado con la fijación de una pensión alimenticia a cargo del otro.

## 2. CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS PADRES PARA FIJAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA

### 2.a) Ambos progenitores tienen ingresos similares

Lo frecuente en estos casos es que no se fije pensión alimenticia y sean los progenitores los que asuman directamente los gastos de los hijos durante el período que convivan con ellos. Igualmente atenderán de forma compartida los gastos extraordinarios que surjan en el futuro.

Hay que equiparar a estas situaciones aquellas que se presentan cuando uno de los progenitores obtiene mayores ingresos pero con la atribución del uso de la vivienda familiar se equilibran las posiciones económicas de los progenitores pues el progenitor que sale de la vivienda tiene que asumir el pago de un alquiler. Éste es el caso que contempló la SAP de Murcia de 14 de octubre de 2010.

### 2.b) Existe una gran diferencia entre los ingresos que perciben los progenitores

Teniendo en cuenta que los alimentos de los hijos serán proporcionales a la capacidad económica que tengan los padres, el hecho de que uno de ellos perciba más ingresos, motivará que tenga que contribuir económicamente para que los hijos mantengan, durante el período que convivan con el otro progenitor, un nivel de vida semejante al que tienen cuando conviven con él.

En este sentido se pronunció la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 que fijó una pensión alimenticia a cargo de un solo progenitor: «Por ello, y atendido que en los supuestos de custodia compartida alterna, como el que aquí nos ocupa, los hijos han de poseer por duplicado —en el domicilio de cada progenitor— prácticamente todos los objetos esenciales y básicos para su bienestar y para su desarrollo integral, a fin de dar cumplida satisfacción al doble mandato de proporcionalidad previsto en el artículo 267 CF, se considera adecuado fijar una pensión de alimentos a favor de los dos hijos y a cargo del padre por importe de 1.600 euros mensuales, en doce mensualidades al año, que sirva para compensar el desequilibrio económico existente entre ambos progenitores, a fin de garantizar la estabilidad en el cuidado de los menores con independencia del que en cada momento los tenga en su compañía».

La Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla de 29 de octubre de 2008, en un caso de una importante diferencia de ingresos fijó una pensión alimenticia de elevada cuantía para impedir lo que el Juez llamaba alienación parental invertida que «lamentablemente, resulta común cuando existe un profundo desequilibrio entre la situación económica y riqueza de ambos progenitores. Porque los niños, cuando adquieren uso de razón, y su egoísmo supera sus vinculaciones afectivas y de apego, confunden su verdadero interés con el de una voluntad manipulada, alienada y marcada por un puro y libertino capricho. Se ha de procurar, por tanto, que, en la medida de lo posible, ese desequilibrio se nivele para que la calidad de vida del menor no experimente un brusco y patente cambio, puesto que esa apreciación le conduciría a optar por el núcleo familiar paterno o materno que más le convenga, en el que obtenga más beneficio, en el que disfrute de una vida más regalada y con menos limitaciones. Lamentablemente cada vez más se reproducen esos episodios

que causan estragos en la estabilidad emocional y psicológica de los adolescentes. Dicho perjuicio, y con el ánimo de garantizar el interés superior y auténtico del menor, es el que se pretende evitar estableciendo una cuantía de pensión proporcionada al caudal, medios, recursos, bienes y poder económico del padre».

### **2.c) Uno solo de los progenitores es el que tiene ingresos**

En estos casos no queda más opción que fijar una pensión alimenticia a cargo del progenitor que percibe los ingresos, si bien su cuantía nunca será igual a la que se fija en los casos de custodia individual pues, como antes hemos indicado, al equilibrarse el tiempo de convivencia de los hijos con los progenitores, la cuantía de la pensión deberá ponderarse en función de este parámetro.

## **3. SISTEMA PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LOS HIJOS**

La primera cuestión que debemos analizar es qué clases de gastos tienen los hijos, y a tal efecto podemos establecer las siguientes categorías:

- Gastos ordinarios fijos que se generan con independencia del progenitor con el que convivan. Así, por ejemplo, habrá que atender los honorarios de enseñanza, material escolar, clases particulares, actividades complementarias, viajes de estudios, vestuario, teléfono, etc.
- Gastos ordinarios que se generan diariamente durante la convivencia. Se incluyen dentro de esta categoría la alimentación, dinero de bolsillo, gasto farmacéutico cotidiano, conexión a Internet, etc.
- Gastos extraordinarios: Son aquellos que no pueden preverse con antelación y que deberán atenderse en el momento que surjan, en proporción a los ingresos de los progenitores. Llama poderosamente la atención que en la mayoría de convenios reguladores y de resoluciones judiciales se contemple que estos gastos se abonarán al 50% pues es un error atribuir su pago por mitad cuando la capacidad económica de los progenitores es distinta pues carece de cobertura legal. Posiblemente se adopta en la práctica para evitar continuos incidentes de determinación de la proporción en la contribución.

Pues bien, visto lo anterior, en la práctica se están adoptando diversos sistemas que están en función de una igual o desigual capacidad económica de los progenitores:

- Apertura de una cuenta común para atender los gastos fijos de los hijos que se nutrirá de los ingresos mensuales de ambos progenitores en la cuantía determinada en el convenio o en la resolución judicial, y atención directa por cada uno de los progenitores de los gastos ordinarios derivados de la convivencia diaria. Con independencia de ello, habrán de asumir también los gastos extraordinarios en la proporción que se haya establecido, no existiendo ningún inconveniente para que puedan hacer previsiones de futuro ingresando mensualmente alguna cantidad para

atender los gastos extraordinarios que puedan surgir. ¿Qué operatividad debe tener la cuenta bancaria? Lo razonable es que la cuenta se aperture de forma mancomunada por ambos progenitores y pueden disponer los dos de los fondos ingresados cuanto el gasto no esté domiciliado. Si para disponer de la cuenta se exige la concurrencia de ambos progenitores surgirían problemas continuos si, por ejemplo, para sacar el dinero destinado a las clases particulares se necesita la firma de ambos progenitores. Lógicamente cada extracción deberá ser comunicada y justificada al otro progenitor.

- Abono por un progenitor a otro de una pensión alimenticia y pago, en la proporción que se establezca, de los gastos extraordinarios que vayan surgiendo.
- No fijación de pensión alimenticia, pero asunción por parte de un solo progenitor de los gastos ordinarios fijos de los hijos, como, por ejemplo, los gastos de educación. Éste fue el supuesto que se contempló en la STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008: «la Sala —asumiendo el detalle de los mismos contenidos en las susodichas resoluciones— estima totalmente adecuada y ponderada la solución adoptada por la Juez *a quo*, ratificada por el Tribunal *ad quem*, esto es, que, además de los gastos cotidianos —cabalmente descritos— que debe sufragar cada progenitor en el período en que permanezca con sus hijas, Sofía y Lucía, “el Sr. José Manuel se hará cargo de todos los recibos que se generen por la educación, actividades extraescolares y deportivas, cuotas de AMPA, salidas escolares, libros y material, que abonará directamente a los correspondientes centros, así como también del pago de la mutua médica de las hijas, y del pago de los gastos de móvil de éstas”, pues con ello se cumplimenta perfectamente el criterio o la regla de la proporcionalidad para el abono de los alimentos —artículo 259 CF— que en cualquier caso o situación de custodia (ya sea única, ya sea conjunta o compartida), viene recogido/a por el legislador catalán y plasmado en los artículos 76.1.c), 264.1 y 267.1 del Codi de Família, que, como antes se ha apuntado y a diferencia de lo sostenido por el recurrente, resultan de plena aplicación al caso de autos».



## CASOS PRÁCTICOS

### I. REGÍMENES ECONÓMICOS-MATRIMONIALES

Aunque determinada maquinaria industrial figura en el permiso de circulación a nombre de una empresa mercantil, la realidad es que el crédito para su financiación se suscribió por la esposa y todas las cuotas se cargaron en una cuenta de la que era titular. ¿Puede incluirse en el activo de la sociedad dicha maquinaria?

Entendemos que sí, dado que la titularidad administrativa de un bien no determina la material de dominio. Si el crédito de financiación para su adquisición fue suscrito por la esposa y giradas a cuenta de su titularidad las cuotas para su amortización, procede su inclusión en el activo.

### II. CUESTIONES PROCESALES

No existiendo hijos conviviendo en el domicilio familiar la esposa solicitó en su demanda que se le atribuyera a ella el uso. El esposo al contestar a la demanda solicitó que dicho uso se le atribuyera a él, si bien no formuló demanda reconvenional. Tratándose de una medida que no puede ser adoptada de oficio por el Tribunal, ¿es un obstáculo para la atribución del uso al esposo que éste no formulase demanda reconvenional?

No, dado que cuando en la demanda se introduce el objeto del litigio no es necesario que la parte demandada formule demanda reconvenional.

### III. FILIACIÓN

Si no se ha practicado la inscripción del nacimiento, ¿cuándo puede ejercer el marido su acción de impugnación de la filiación?

Una vez que el marido conoce el nacimiento del hijo, empieza a correr el plazo de un año para poder ejercitar la acción de impugnación, sin que a estos efectos sea necesario esperar a que se produzca la inscripción del nacimiento. Obviamente, estamos contemplando un supuesto de impugnación de filiación matrimonial en el que opera la presunción legal.

En este mismo sentido, señalan Peña Bernaldo de Quirós y Rivero que el marido puede ejercitar la acción anticipándose a la inscripción, desde que conozca el parto, aunque la filiación no esté aún determinada, evitándose así que la madre, supuesto el conocimiento del parto por el marido inscriba tardíamente, oculte al marido la inscripción y le prive del plazo de caducidad.

### IV. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En la fase de formación de inventario el esposo solicitó la exclusión de determinadas fincas del activo al haber sido adquiridas con el dinero que obtuvo como indemnización por un accidente de circulación. En la sentencia se acuerda dar carácter ganancial a las fincas pero incluir en el pasivo un crédito a favor del esposo por el importe de las cantidades privativas que

se utilizaron para la compra. La esposa se opone a la inclusión del crédito al no haberla interesado el esposo en la diligencia de formación de inventario. ¿Lleva razón la esposa y debe eliminarse del pasivo la deuda de la sociedad frente al esposo?

Aunque no existe un criterio uniforme en las decisiones de nuestros tribunales, nosotros somos partidarios de su inclusión. La formación de inventario no implica el planteamiento de unas pretensiones en sentido propio, sino la manifestación de lo que cada parte considera que debe integrarse en el activo o en el pasivo de la sociedad en liquidación. El esposo expuso allí la circunstancia de haber invertido dinero privativo suyo en la compra de unos bienes que aparecen como gananciales. Por lo que sin modificar o introducir otros distintos la partida de pasivo es procedente.

## V. FILIACIÓN

¿Puede impugnar la filiación el marido que consintió y favoreció la infidelidad de la esposa?

Éste es un supuesto que no se contempla en el Código Civil, entendiéndose Ocaña que «podría ser aplicable por analogía lo dispuesto para la reproducción asistida de la esposa con semen de donante: el marido debería perder el pleito. Habría ido quizá contra sus propios actos y actuando con abuso de derecho. La acción quedaría reservada a otros legitimados».

## VI. PENSIÓN ALIMENTICIA

El hijo mayor de edad que, a pesar de ser independiente económicamente, convive con la madre en el domicilio familiar, suscribió y entregó al padre un documento en el que hacía constar que ya no necesitaba la pensión alimenticia que el padre

le venía abonando en cumplimiento de la sentencia de divorcio ya que tenía un trabajo estable. El padre interpuso demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión, oponiéndose la madre que alegó que el hijo fue presionado para la suscripción del documento. ¿Puede tener eficacia el documento suscrito por el hijo?

Si el hijo es mayor de edad y ha adquirido independencia económica es perfectamente admisible y válido en derecho que exprese en un documento que ya no se dan los requisitos necesarios para el mantenimiento de la pensión alimenticia y, por tanto, debe producir sus efectos y declararse la extinción de la pensión alimenticia, salvo que en el procedimiento de modificación de medidas se demuestre que las manifestaciones que se contienen en el documento no son ciertas y que concurrió vicio en el consentimiento en el momento de su suscripción.

## VII. PROCEDIMIENTO DE MENORES

Si el padre no da el asentimiento para la constitución de la adopción no encontrándose incurso en causa de privación de la patria potestad ¿podría constituirse la adopción en interés del menor?

No. Atendiendo a lo establecido en el artículo 177.2.2.º del Código Civil, es evidente que el Juzgado no puede, so pena de nulidad, decretar la adopción una vez negado el asentimiento por quienes tenían la facultad de otorgarlo. Sólo podría acordarse la adopción según el artículo 177.2 2.º, párrafo penúltimo, en relación con el artículo 180 ambos del Código Civil cuando el padre, citado en legal forma, no concurre al expediente.

## VIII. FILIACIÓN

Si el marido renuncia al ejercicio de la acción de impugnación antes de fallecer, ¿podrán los herederos ejercitarla?

Antes de nada habría que analizar si es posible la renuncia al ejercicio de la acción de impugnación. Si se llega a la conclusión positiva, es razonable pensar que la acción no podrá ser ejercitada por los herederos, ya que ésta se otorga a título sucesorio y no podrá transmitirse un derecho que ha sido renunciado. No obstante, la cuestión es controvertida dado que algunos autores entienden que el artículo 137 del Código Civil otorga legitimación directa a los herederos, por lo que la renuncia del progenitor carecería de efectos.

## IX. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Siendo los cónyuges propietarios de una empresa, la esposa pretende que se incluya en el activo y pasivo de la sociedad de gananciales los activos y pasivos de la empresa, entendiendo el esposo que sólo procede incluir la empresa como unidad patrimonial con el valor que actualmente tenga, ¿quién lleva razón?

Sin duda, el esposo. Las empresas han de ser tomadas como unidades de explotación económica, sin que sea permisible ni lógica ni jurídicamente pretender dividir las en sus distintas partidas de activo y pasivo pues la organización patrimonial en torno a ellas, y las relaciones jurídicas que constituyan, deberán considerarse y encontrar su reflejo en el propio desarrollo contable de las empresas, sin transferencia al activo o al pasivo de la sociedad legal de gananciales.

## X. VIVIENDA FAMILIAR

Se ha otorgado la custodia de los hijos a la madre y al mismo tiempo se les ha atribuido el uso de la vivienda familiar. El padre se opone alegando que aquélla dispone de una vivienda en propiedad en otra ciudad y que por tanto tiene cubiertas sus necesidades de alojamiento, por lo que lo procedente es que el uso se le atribuya a él que carece de cualquier otro inmueble y se ve en la necesidad de alquilar uno. ¿Puede prosperar el motivo alegado por el padre?

En el momento de decidir la atribución del uso de la vivienda poco importa que el progenitor 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. En consecuencia, aplicando lo establecido en el artículo 96.1 del CC, el uso se atribuirá a los hijos y a la madre.

## XI. FILIACIÓN

¿Qué sucede cuando ni el padre en su demanda, ni la madre en su contestación solicitan el nombramiento de un defensor judicial para el hijo y ésta se opone a la práctica de la prueba biológica?

A tenor de lo resuelto en la STS de 5 de junio de 1997, el Juez o el Tribunal debe declarar de oficio la nulidad de las actuaciones, con su reposición a partir de la presentación de la demanda para que se proceda al nombramiento de un defensor judicial para el menor.

## XII. PENSIÓN COMPENSATORIA

El ex esposo ha solicitado la extinción de la pensión compensatoria en base a que la ex esposa ha accedido a un empleo por el

que percibe ingresos de forma estable. Ella se opone a la extinción alegando que a pesar de que ahora está percibiendo ingresos, los ingresos de aquél han experimentado un importante incremento. ¿Puede prosperar la demanda de extinción de la pensión compensatoria?

La tesis de la ex esposa parte de un error y es comparar los ingresos que actualmente percibe el ex esposo con los suyos, ya que el parámetro de comparación no son los ingresos actuales del ex esposo, sino los que percibía cuando se decretó la pensión pues el incremento que hayan podido tener éstos tras dictarse la sentencia de separación nada tienen que ver con la pensión compensatoria, pues en ellos no ha participado la demandada. Por tanto, si se acredita que la ex esposa percibe en la actualidad unos ingresos de forma regular y en cuantía suficiente para paliar el desequilibrio que se determinó en la separación, la petición de extinción de la pensión tiene bastantes posibilidades de prosperar.

### XIII. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La esposa pretende la exclusión del inventario de la parcela al aparecer en el catastro exclusivamente a su nombre, dándose la circunstancia de que la adquisición tuvo lugar constante la sociedad de gananciales. ¿Lleva razón la esposa en su tesis?

No. La constancia en los libros catastrales no tiene eficacia en el orden civil para acreditar el dominio sobre la parcela de que se trate, pues no pasa de constituir un simple indicio. Por aplicación de la presunción de ganancialidad, tratándose de un bien existente en el matrimonio, si no se aporta otra prueba más sólida habrá que declarar el carácter ganancial de la parcela.

### XIV. EJECUCIÓN

Teniendo en cuenta que durante algunos años el IPC fue negativo, el esposo se opone a la ejecución alegando la excepción de pluspetición pues durante ese período la cuantía de la pensión debió reducirse y, sin embargo, la esposa reclama la misma pensión. Ella se opone alegando que en la sentencia sólo se acordó que la pensión se incrementaría conforme al IPC. ¿Puede estimarse la pretensión del esposo?

No existe pluspetición en la reclamación de atrasos de la pensión compensatoria dado que aunque el IPC fuese negativo en alguna anualidad, la sentencia sólo contemplaba el incremento de la pensión no recogiendo actualizaciones a la baja y las sentencias deben cumplirse en sus propios términos.

### XV. FILIACIÓN

Habiéndose producido un reconocimiento de filiación paterna no matrimonial por el compañero sentimental de la madre, tras la ruptura de esa relación, la madre reinició de nuevo la relación que mantenía con su anterior compañero sentimental que era el verdadero padre biológico del hijo. Siendo el hijo mayor de edad, y habiendo convivido con su verdadero padre biológico desde los ocho años, se plantea cómo solucionar el tema de la filiación al estar todas las partes de acuerdo.

Hay que valorar dos alternativas. Por un lado, instar un procedimiento de reclamación de filiación paterna e impugnación de la filiación que consta en el Registro Civil. Por otro, también cabe la posibilidad de instar un expediente de adopción al cumplirse los requisitos legalmente establecidos.

**XVI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA**

Presenta la madre una demanda de ejecución de sentencia reclamando una cantidad en concepto de gastos extraordinarios. El padre se opone alegando que la hija que causó el gasto es mayor de edad y que ya no convive con la madre, por lo que ésta carece de legitimación para efectuar la reclamación. ¿Cómo se resuelve jurídicamente la cuestión?

El criterio a tener en cuenta es si en el momento de realizarse el gasto extraordinario la hija convivía o no con la madre en el domicilio familiar. Si ello es así ésta tendrá legitimación para efectuar la reclamación. En caso contrario, habrá perdido la legitimación al no darse los requisitos previstos en el artículo 93 del CC.

**XVII. CUESTIONES PROCESALES**

Aunque en la demanda de modificación de medidas solicitando la reducción de la pensión alimenticia se alegó la disminución de ingresos por haberse suprimido en la empresa el plus de productividad y las horas extras, en el acto del juicio el actor alegó que había sido despedido de la empresa, acordándose finalmente en la sentencia la reducción de la pensión. La parte demandada sostiene que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 412 de la LEC, y por tanto el procedimiento debe resolverse en función de los hechos alegados en la demanda, pues lo contrario le causa indefensión. ¿Lleva razón la parte demandada?

No. Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de familia es de aplicación lo dispuesto en el artículo 752.1 de la LEC: «Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que han sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra

manera en el procedimiento...». Esta regla especial hace inaplicable la regla que con carácter general contiene el artículo 412 de la LEC de aplicación para los procedimientos ordinarios.

**XVIII. GUARDA Y CUSTODIA**

Habiéndose marchado la madre y la hija a su país de origen e ignorándose actualmente su paradero, el padre insta una demanda de modificación de medidas solicitando que se le atribuya a él la custodia dado que la madre ha incumplido su principal obligación de permitir la relación paterno-filial. ¿Puede estimarse esta pretensión?

No. Ignorando cuál es la situación actual de la menor, si está o no con su madre, si se encuentra debidamente atendida, si el entorno es o no adecuado para su desarrollo, acceder a la solicitud de la guarda y custodia del padre, no obstante, constatar su disposición, así como la del entorno familiar próximo, para proporcionar a la menor un marco adecuado para la guarda y custodia de su hija, supondría una decisión temeraria, en la medida en que por ignorar «todo» respecto a la situación actual de la menor, no es posible valorar las consecuencias que aquélla tendría en su desarrollo afectivo y psicológico.

**XIX. CUESTIONES PROCESALES**

Interpuesta demanda de divorcio por el esposo, la esposa se opone alegando la excepción de cosa juzgada al haberse dictado en la República Dominicana una sentencia de divorcio que acompaña legalizada y formalmente apostillada. ¿Puede producir el efecto de cosa juzgada la sentencia dictada por los tribunales dominicanos?

No. Para que la sentencia aportada por la parte demandada pudiera tener eficacia material en España hubiera sido preciso obtener su *exequatur* ante el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente en aplicación del artículo 85.5 de la LOPJ y artículo 955 de la LEC de 1881.

## XX. SUCESIONES

¿Deben colacionarse las donaciones hechas en vida por la donante a favor de sus nietos en la partición de herencia que tiene lugar exclusivamente entre los hijos de la causante?

La donación por la causante a favor de sus nietos en vida de sus padres no se considera hecha a un heredero forzoso sino como si fuera a un extraño y no son colacionables aunque exista la relación de parentesco directa con el heredero.

## XXI. CUESTIONES PROCESALES

La parte demandada solicitó en el suplico de la demanda la fijación de litis expensas, si bien no formuló demanda reconvenzional. ¿Puede el Tribunal fijar una cantidad en dicho concepto en la sentencia?

No. Tratándose de una medida que no puede ser acordada de oficio por el Tribu-

nal, es preciso que se formule demanda reconvenzional, careciendo de este carácter la mera petición dentro del suplico del escrito de contestación a la demanda.

## XXII. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Notificado el cuaderno particional a los cónyuges y observándose que el contador había omitido pronunciarse y valorar parte de una de las partidas a incluir en el pasivo de la sociedad, ¿cabe la posibilidad de presentar un escrito solicitando que el contador partidor aclare o complete el cuaderno?

No. Las omisiones, desacuerdos o discrepancias que las partes observen en el cuaderno sólo pueden hacerse valer a través de su oposición a éste. Es el trámite de oposición a las operaciones reflejadas en el cuaderno el que la ley prevé para que, o bien se rectifique por el contador en la comparecencia prevista en el artículo 787 de la LEC si es que efectivamente aquél constata algún error u omisión, o bien se ordene tal rectificación en la correspondiente resolución judicial en que se resuelvan los motivos de oposición que pudieren tener las partes.

Revista de

# Derecho de Familia

---

**TRIBUNA ABIERTA**

---



# INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES

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*

El artículo 160 de nuestro Código Civil contempla el derecho de visita de los progenitores en los siguientes términos: «los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial».

El derecho de visita hay que analizarlo desde la perspectiva del Derecho de Familia y en el marco de las relaciones paternofiliales, una vez producida una crisis conyugal que aboca a la separación de los progenitores, o al divorcio de éstos.

La visita propiamente dicha es un derecho del progenitor, pero también es, obvio es decirlo, un deber de éste para con sus hijos menores de edad. Es el progenitor custodio el que debe facilitar y cooperar, en todo momento, para que el otro progenitor, el no custodio, encuentre la disponibilidad adecuada en orden a ver a sus hijos, estar con ellos, disfrutar de su compañía y, en definitiva, compartir con ellos momentos de ocio y diversión, siempre en un régimen de visitas previamente estipulado y homologado por la correspondiente resolución judicial, cuando la crisis conyugal se ha producido de mutuo acuerdo, o por medio de la correspondiente Sentencia de separación o divorcio en procesos contenciosos, en los que no hay acuerdo entre las partes.

Cuando ese derecho-deber es sistemáticamente conculcado por uno de los progenitores, se produce el concepto de «incumplimiento», y a esos incumplimientos hay que dar respuesta, solución o remedios eficaces, ya que el Ordenamiento Jurídico no puede permanecer impasible, pasivo, ante este tipo de situaciones que influyen negativamente no ya sólo en el progenitor que sufre esos incumplimientos, sino —lo que puede ser aún más grave— en los hijos, en perjuicio del principio, fundamental, del *favor filii*. En consecuencia, se trata de determinar si, en este marco familiar, ante incumplimientos graves, puede el progenitor perjudicado solicitar una indemnización por daños morales, cuestión ésta que analizo a continuación a través del estudio de una interesante Sentencia que fue dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 30 de junio de 2009.

Antes de entrar en el análisis de esta problemática de Derecho de Familia, conviene hacer una breve referencia al Derecho Comparado. Efectivamente; el Ordenamiento Jurídico italiano se planteó seriamente la cuestión del resarcimiento de daños por las consecuencias que acarreaman los incumplimientos del régimen de visitas. En este sentido, una Sentencia dictada por un Tribunal de Roma, en fecha 13 de junio de 2000, se ocupó de los daños resarcibles al progenitor que no tenía la guarda y custodia. Para la doctrina jurisprudencial italiana, el daño personal no se reduce al daño biológico, sino que se amplía al derecho a la

salud, entendida en el sentido que le atribuyó la Organización Mundial de la Salud, como completo bienestar físico, mental y social, y no sólo como ausencia de enfermedad. En relación con este caso, el Tribunal de Roma había dispuesto la separación de los cónyuges por medio de Sentencia de 4 de febrero de 1992. A la madre le fue confiada la guarda del hijo menor, que tenía entonces cinco años, estableciéndose un régimen de visitas para el progenitor. A la madre se le otorgó 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, ya que en dichos preceptos se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la salud respectivamente; y en los artículos 2043 —equivalente al artículo 1902 de nuestro Código Civil— y 2059 del Codice Civile se contempla 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 progenitor alegaba que él siempre había cumplido y seguía cumpliendo sus deberes de mantenimiento del hijo y que la madre se había negado injustificadamente, pese a la intimación por telegramas —ya que había enviado dieciséis 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.

En cuanto a la madre, en su contestación a la demanda, alegaba que el actor, un mes después del nacimiento del hijo, se había desinteresado, dejando el hogar conyugal, salvo alguna fugaz aparición en la vivienda. Apoyaba su contestación en un argumento que resultaba curioso, tal como expresaba Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>(1)</sup>: «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 en curso esta causa, el Tribunal Civil de Roma, por Sentencia de 3 de octubre de 1997, resolvió la disolución del matrimonio, confiando el hijo a la madre y estableciendo un régimen de visitas similar al señalado en la Sentencia de separación.

El Tribunal de Roma, en relación con la problemática planteada en torno a los daños resarcibles, como cuestión previa, estimó que el progenitor no podía representar al hijo menor para hacer valer sus derechos contra la madre, porque carecía de legitimación para el proceso, pues, al no tener el ejercicio de la patria potestad, no podía tener la representa-

---

(1) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, «Aplicación del Derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas», en *Daños en el Derecho de Familia*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

ción del hijo. De otro lado, existiendo un conflicto de intereses entre el hijo y la madre, el progenitor debía, con anterioridad a haber interpuesto la demanda resarcitoria, haber propuesto que se designara un «curatore speciale», un a modo de defensor que lo representara en juicio, según los términos del artículo 163 del Código Civil español, que representase al menor procesalmente incapaz.

En cuanto a la pretensión resarcitoria del progenitor, 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. Los razonamientos del Tribunal italiano sobre la importancia del régimen de visitas, a efectos de la trascendencia que tienen para el tema objeto de estudio, fueron los siguientes:

- 1.º 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, en función de los artículos 30 de la Constitución italiana y 147 y 148 del Codice Civile.
- 2.º El derecho de visita del progenitor no guardador —no custodio— 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.
- 3.º El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el progenitor era justificado e ilícito. A este respecto hay que apuntar lo expresado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, al afirmar que no puede discutirse que la obstrucción del derecho a mantener comunicación con el hijo es una conducta antijurídica, si bien la Sentencia no emplea esta terminología, pero sí insiste en que las visitas estaban fijadas por resoluciones judiciales, sentencias de separación y divorcio, y que la demandada había actuado en contra de lo ordenado en esas resoluciones judiciales.

SCANDURRA, al comentar esta interesante y carismática Sentencia<sup>(2)</sup>, afirmaba que el comportamiento de la madre fue doloso, ya que violó el derecho-deber del otro progenitor a participar en la educación e instrucción del hijo y obstaculizó el armónico y completo desenvolvimiento de este último.

Las sentencias de separación y de divorcio constataron la conducta obstruccionista de la madre-guardadora —madre custodia— al régimen fijado judicialmente. De ahí que la mujer incurriera en responsabilidad subjetiva, lo que derivó en una serie de consecuencias perjudiciales, dañosas, para el progenitor, de entre las que cabe señalar las siguientes:

- 1.º Daños biológicos, como categoría específica o, en otros términos, daños a la salud psicofísica del padre. Hay que resaltar que la salud es un bien tutelado por el

---

(2) SCANDURRA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000», en *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen XXXI, enero-marzo de 2002.

artículo 32 de la Constitución italiana, al prever «la tutela de la salud como fundamental derecho del individuo».

Se trataba de un daño emergente derivado de las prolongadas turbaciones neuropsíquicas, 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, tanto en lo que respecta a las relaciones parentales como a las sociales y recreativas, entre otras; así como la disminución que incide fuertemente en la salud psicofísica de la persona y también en su proyección futura y, por ello, de concreta y permanente relevancia biológica. En definitiva, se consideró un supuesto de ataque a la integridad psicofísica, por lo que se emplearon unos baremos concordantes con la tabla de invalidez para la cuantificación del daño biológico sufrido por el progenitor, lo que implicó que el daño biológico fuera ampliamente valorado.

- 2.º Daños morales, al no haber podido cumplir el progenitor tan importantes deberes hacia el hijo —el deber (y derecho) de visitas en lo que supone de vida relacional de carácter paternofilial—, ni satisfacer su derecho a conocer al hijo, a frecuentarle y educarle (o, al menos, participar en su educación y formación), en razón y en 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 cumplidamente acreditadas, y verificadas, en el caso.

Se estimó que el progenitor había sufrido un daño biológico y, en consecuencia, se aplicaron los baremos existentes para los supuestos de invalidez, como ya he apuntado anteriormente, considerando que se trataba de una invalidez psicofísica, que no generaba la imposibilidad de trabajar, del 9%, concretado en 16.650.000 liras.

Por lo que respecta al daño moral, se liquidó sobre la base de un porcentaje del daño biológico, si bien un sector doctrinal italiano estimaba que esta liquidación era errónea, siendo, en cambio, adecuado presumir la existencia del daño, una vez acreditados los hechos<sup>(3)</sup>. Estimo que se trataba de acreditar los hechos y, en concreto, los perjuicios para el progenitor, los cuales, efectivamente, quedaron cumplidamente verificados.

Por lo que concierne al daño moral, se otorgó la cantidad de 4.200.000 liras.

Hay que reseñar, asimismo, que, en este tipo de procesos, lo lógico es que existan también daños patrimoniales. Sin ir más lejos, estos daños son los derivados de los gastos que el progenitor haya tenido que desembolsar para hacer efectivo su derecho de visitas, más aún cuando reside en una localidad distinta —y distante— de la del hijo.

Volviendo ya a la problemática que generan los incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor custodio en nuestro país, habría que entrar a valorar si, efectivamente, cabe, en la actualidad, hablar del resarcimiento de daños a los progenitores no custodios, en función de la vía del artículo 1902 de nuestro Código Civil. En este sentido, cabe citar un Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de diciembre de 2005, cuyo resultado hace pen-

---

(3) 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», en *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, 2001-2002.

sar en que se ha abierto una vía al resarcimiento de daños y perjuicios y que es aconsejable seguir esta orientación, esta línea jurídica, si bien también hay que pensar que no está exenta de problemas y, sobre todo, que no es efectiva a corto plazo. Los hechos que dieron origen a la Sentencia se remontan al año 1996, cuando ante la alcoholemia que padecía una madre y su propensión a la depresión, la Junta de Andalucía decretó la situación de desamparo de los dos hijos, de cuatro y cinco años, asumiendo la tutela *ex lege* y entregándolos en acogimiento preadoptivo. Más tarde, el Juzgado competente ratificó el desamparo y acordó la entrega en acogimiento preadoptivo a un matrimonio, pese a que existían ya informes médicos que acreditaban la rehabilitación de la madre, la cual solicitó, una vez recuperada totalmente, la revisión judicial de la decisión administrativa. Al cabo de cuatro años, o sea, en el año 2000, se 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. Pero, con respecto a los hijos, a pesar de estimarse que debían regresar con ella, a la vez, en la propia resolución se determinaba que ello resultaba imposible por los años transcurridos y el daño psicológico que ello iba a provocar, entendiéndose que lo procedente era que se quedaran bajo la guarda y custodia del matrimonio de acogida y estableciendo una indemnización sustitutiva de ejecución de la resolución para la afectada. Hay que hacer notar que en septiembre de 2004 la niña regresó con la madre, dejando voluntariamente a los padres de acogida, pero la Audiencia estimó que la madre no había recuperado a la hija, porque «la relación nunca podrá ser idéntica a después de haber perdido toda la niñez y la infancia».

No hace gala la resolución citada de una dicción adecuada. Hay que resaltar que «niñez» e «infancia» son términos sinónimos, por lo que, nombrados uno al lado del otro, presentan el mismo significado y son redundantes, siendo inútil su utilización conjunta, al no aportar nada nuevo.

El Juzgado de Familia decidió no ejecutar las decisiones favorables a reunir a los hermanos con la madre y acordó una indemnización de 72.000 euros. Por fin, la Audiencia de Sevilla elevó dicha cantidad, condenando a la Junta de Andalucía al pago de 1,4 millones de euros, estimando que era éste 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 su madre habían sido ignorados y pisoteados. Lo que se fija, al fin y al cabo, es el precio de la pérdida de un hijo y el sufrimiento padecido por la madre por la expectativa de recuperar a sus hijos que le conferían las sucesivas resoluciones favorables, sufrimiento que se califica de «muy superior a la muerte». El concepto de «resarcimiento», en un tema como el debatido, no es, desde luego, el más adecuado, ni tampoco lo es, consecuentemente, poner precio a la pérdida de un hijo, porque estimo que no hay posibilidad de resarcir esa pérdida en una madre. Tengamos en cuenta que la madre no pudo disfrutar de sus hijos, de su afectividad, de su cariño, se le imposibilitó el contacto con ellos, y a todo ello se le quiere, después, una vez ya producido el daño —un daño ingente— poner precio, asignar una valoración económica a esos sufrimientos. Un sector doctrinal ha afirmado que la admisión del resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento del régimen de visitas en los casos que proceda, de acuerdo con las normas de derecho de daños, puede servir de medida preventiva para que no se produzcan otros casos similares<sup>(4)</sup>.

---

(4) Ídem, *ibídem*.

La Sentencia, en cualquier caso, es interesante —y carismática— en la medida en que se indemniza la privación de la convivencia, afectividad y ligazón de la madre con sus hijos, la frustración del derecho que se tiene a la relación con ellos —a la comunicación y estancias, en sentido amplio—, así como el dolor, el sufrimiento, que ello produce y conlleva. Se está indemnizando, en realidad, el perjuicio moral sufrido y los daños a la salud, en cuanto se puso de relieve la existencia, en la madre, de un cuadro depresivo grave, de carácter reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio y otro de naturaleza física u orgánica a resultas del cual se hallaba en tratamiento oncológico, presentando plena afectación de un pulmón. Ambos padecimientos se consideraron indemnizables, en cuanto se estimaron que eran consecuencia directa, o indirecta, del sufrimiento soportado durante diez años. Concretamente, se estimaron indemnizables «las secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima», valorándose de manera similar a las secuelas que se pueden producir en accidentes de circulación.

Un dato, interesante por lo que al tema respecta, es que el fallo puso cierto énfasis, haciendo una llamada de atención, en la lentitud, excesiva, de las resoluciones judiciales en cuestiones que afectan a las relaciones personales, al correr el riesgo de que, una vez adoptadas, después de mucho tiempo, éstas sean extemporáneas y no palíen, en ninguna medida, el daño ya experimentado. Es ésta una cuestión que considero esencial por lo que respecta a los incumplimientos del régimen de visitas y los daños a esos incumplimientos ligados. No cabe duda de que, cuando un progenitor no puede relacionarse con su hijo y esa falta de relación hay que imputarla al otro progenitor, se producen unos daños morales que habría que valorar y, en su caso, intentar reparar, aunque siempre entendiendo que la reparación —o el resarcimiento— en cuestiones tan delicadas como lo son las relativas al Derecho de Familia y, en concreto, a las relaciones paternofiliales, es prácticamente imposible. No estamos hablando de resarcir unos incumplimientos en la ejecución de un contrato oneroso. Estamos hablando de cuestiones en las que los sentimientos, los afectos, las emociones, están presentes. Entre progenitor e hijo se establece una relación que ha de estar presidida por el cariño, por el mutuo disfrute de la compañía. Cuando esta ecuación se quiebra, o se entorpece gravemente, por culpa, y a la voluntad, del otro progenitor, indudablemente el Ordenamiento Jurídico ha de establecer unas pautas, unas vías, para la solución del conflicto y, también —por qué no— para indemnizar al progenitor que ha visto cómo su derecho a relacionarse con el hijo ha quedado obstaculizado, entorpecido, o, en el peor de los casos, suprimido radicalmente.

Este panorama es el que nos permite hablar a los juristas especializados en Derecho de Familia de la necesaria —y urgente— apertura de nuevas vías jurídicas para posibilitar dicho resarcimiento de daños y perjuicios. Para ello, es indudable que hay que tomar, como fundamento y base, el artículo 1902 de nuestro Código Civil, en todos aquellos supuestos en los que el incumplimiento del régimen de visitas genere un daño para el progenitor no conviviente, el no custodio. En muchas ocasiones, se tratará de un daño de carácter corporal, pero con consecuencias pecuniarias y no pecuniarias, lo cual, en cualquier caso, posibilita la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. El progenitor no custodio sufre un daño, un perjuicio psicológico y, en general, ese perjuicio es trasladable a su salud física. Tengamos en cuenta que, en nuestro organismo, lo psíquico actúa, e interactúa, con los aspectos físicos o fisiológicos y, de ahí, la existencia de la Medicina psicosomática. A esto hay que añadir, inevitablemente, una serie de gastos, de costes, que se traducen, lógi-

camente, desde un punto de vista pecuniario, como lo son las posibles faltas de asistencia al trabajo, los gastos producidos y derivados de intentar hacer efectivo, sin fruto, su derecho de visitas, la pérdida de oportunidades laborales, etc. Añadamos, asimismo, los gastos efectuados por el progenitor no custodio en relación con su derecho de visitas, como son los derivados de reservas de habitaciones de hotel, entradas para ir al cine, teatro, circo, espectáculos musicales, etc.

Pero también cabe analizar los incumplimientos del régimen de visitas desde el punto de vista, no ya del progenitor que sufre esos incumplimientos, sino de cara al hijo. Es evidente —a mi juicio, es palmario— que el hijo sufre un daño, un perjuicio, al no poder relacionarse, con cierta normalidad, con su progenitor no custodio. Los hijos necesitan estar con su padre y con su madre. Debería existir una equivalencia, una igualdad en el trato que se les dispense tanto al padre como a la madre. La radicalización de posturas, en este sentido, no es conveniente para el hijo. A éste se le priva de las relaciones con uno de los progenitores, lo que puede redundar en perjuicios para él, perjuicios que pueden enumerarse, no exhaustivamente, pero sí ejemplificativamente de la siguiente manera, con sus repercusiones a nivel personal y escolar, tales como malas notas en exámenes, comportamiento huraño y hostil hacia los otros compañeros de colegio, pérdida de apetito, irregularidades en el sueño, etc. ¿Cabría, en consecuencia, sostener que el hijo ostenta una acción procesal contra el progenitor que le ha impedido, u obstaculizado gravemente, disfrutar de la compañía del otro progenitor? A mi juicio, sí cabría, pero, al ser el hijo menor de edad, no ostenta acción procesal, sino que ha de ir representado por su progenitor.

La doctrina española se ha referido al principio *alterum non laedere*, que es, en definitiva, el contemplado por nuestro artículo 1902 del Código Civil, que ya ha sido citado varias veces, y que no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares, si bien con características propias derivadas de la especialidad del Derecho de Familia, ya que, como ha señalado Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN<sup>(5)</sup>, la aplicación del Derecho de daños al ámbito del Derecho de Familia se ha de teñir de las características propias, ya que el principio de unidad de la familia, presente en esta rama del Ordenamiento Jurídico, ha de influir en la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad civil.

Habría que valorar detenidamente si la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil actuaría también, de cara a posibles incumplimientos del régimen de visitas, como norma preventiva, a efectos de evitar que, en el futuro, se produjeran estos tipos de incumplimientos en un marco tan especial como lo es el Derecho de Familia y, en concreto, el régimen de visitas, todo lo cual iría a favor del principio del *favor filii*. Y tampoco hay que olvidar el interés del progenitor en que se cumpla el régimen de visitas estipulado en relación con sus hijos menores de edad.

He tenido ocasión de estudiar una interesante Sentencia, dictada por nuestro Tribunal Supremo, en relación con los incumplimientos del régimen de visitas, dictada en fecha

---

(5) RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003-1, número 10.

30 de junio de 2009, y que puede servir de paradigma de lo que, hasta ahora, ha quedado expuesto, en el bien entendido que la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil no es la única vía para la reparación de los daños morales sufridos por uno de los progenitores, ya que existen otros remedios jurídicos que intentan paliar, en alguna medida, los efectos perjudiciales y dañosos que tanto sobre el hijo, como sobre el progenitor, puedan producirse.

Veamos los hechos: D.P. y D.R. mantenían una relación sentimental. El hijo de D.R. fue reconocido por D.P. La madre se adhirió a la Iglesia de la Cienciología, trasladándose a vivir a Tampa, en Florida, con su hijo, y no regresando a España. Inmediatamente el progenitor denunció este hecho. Pero el procedimiento finalizó por Auto de archivo en 1991.

A petición del progenitor, el Juzgado de Primera Instancia dictó un Auto en el que se acordó la atribución de la guarda y custodia sobre el menor a su padre, al existir sospechas, fundadas, de que la convivencia con la madre podía afectar a la personalidad del hijo. Este Auto fue confirmado por Sentencia del citado Juzgado.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en 1995, confirmó la Sentencia apelada, con los argumentos de que la madre se había desplazado a los Estados Unidos, privando al progenitor, de forma unilateral e injustificada, del ejercicio de sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad desde 1991. Asimismo, el progenitor alegaba que la madre le había excluido de toda decisión relativa a la educación del hijo, y que había hecho caso omiso del Auto que ordenaba la atribución de la guarda y custodia al padre, «lo que no excluía la revisión del pronunciamiento una vez se practicara informe pericial psicológico del grupo familiar, lo que hubiera permitido una mayor aproximación a la problemática del caso y, en especial, la incidencia positiva, negativa, o neutra, que la adscripción de la Sra. R. a la denominada Iglesia de la Cienciología pueda tener sobre su hijo M., 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».

El progenitor intentó ejecutar la Sentencia en Estados Unidos, donde vivía su hijo M., no consiguiéndolo debido a su situación económica. Llegó a formular diversas reclamaciones ante el Presidente del Gobierno, que la 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.

El progenitor interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra la Asociación Civil dianética, Iglesia de la Cienciología y contra la madre, solicitando que se le indemnizara por los daños morales sufridos por haber sido privado, en contra de su voluntad, de su hijo M., desde que el día 23 de agosto de 1991, y sin regresar hasta la fecha, madre e hijo fueron llevados a la sede de la citada Organización o Secta en el extranjero, ignorándose en la actualidad su domicilio, ni el estado físico y mental en que se encontrarán.

Los demandados alegaron dos excepciones procesales: la primera, fundada en defecto formal al proponer la demanda, y prescripción, la segunda, al estimar que el *dies a quo* para la interposición de la demanda fue el 23 de agosto de 1991, habiendo sido presentada el 16 de octubre de 1998, por lo que estimaban había transcurrido con creces el plazo de un año marcado en el artículo 1968.2 del Código Civil para el ejercicio de las acciones derivadas

de responsabilidad extracontractual. Alegaron, asimismo, el derecho a la libertad religiosa de la madre, la ausencia de auténtico núcleo familiar al faltar la relación de convivencia, la falta de atención del progenitor para con su hijo, a quien había reconocido a pesar de no ser biológico, y otras cuestiones de menor interés para el tema que está siendo analizado.

Voy a centrar la cuestión debatida en torno a la problemática que plantea la exigencia, por parte del padre, de responsabilidad civil extracontractual al haber impedido la madre las relaciones de éste con el hijo.

Efectivamente, el primer requisito que se exige para la exigencia de esta clase de responsabilidad civil es la concurrencia de una acción o de una omisión que causa daño a otro y en la que interviene culpa o, al menos, negligencia. Lógicamente, en el supuesto de autos, hay que distinguir dos conductas diferentes: de un lado, la conducta de la Iglesia de la Cienciología, y, del otro, la conducta de la madre. Hay que focalizar la atención en esta última conducta, al impedir que el hijo menor pudiera relacionarse con su padre —aunque no era hijo biológico, D.P. le había reconocido y, por tanto, gozaba del derecho-deber de relacionarse con el menor—. La madre había vulnerado, de manera sistemática, el artículo 160 de nuestro Código Civil y, además, se había opuesto a la ejecución de la Sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo al padre. Esta resolución la conocía perfectamente, por lo que existía una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paternofiliales.

La Sentencia no entró a considerar las otras alegaciones efectuadas por el actor, al no poder ser objeto de decisión por falta de prueba y por la protección al principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de nuestra Constitución. La acción de responsabilidad quedaba, por tanto, limitada a la madre del menor.

La Sentencia entró a considerar si se había, o no, producido daño, estimando que el problema 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 haya 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 sólo el interés del hijo, sino el de aquel progenitor que no convive con éste —progenitor no custodio—.

Hay que plantear en qué consiste el daño en estos casos de incumplimientos. Básicamente, el daño se configura como la imposibilidad —o, a veces, dificultad extrema— de un progenitor para tener relaciones con su hijo, al impedirlo —u obstaculizarlo gravemente— el otro progenitor, es decir, el progenitor que se encuentra, de hecho, a cargo del hijo menor.

Hay que determinar, por tanto, si existe un hecho imputable al agente, el evento dañoso y la injusticia del daño mismo —o perjuicio—, al objeto de circunscribir, como ha expresado Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN<sup>(6)</sup>, el área de los daños resarcibles y evitar que una propagación irracional de los mecanismos de la tutela indemnizatoria hagan necesario el resarcimiento provocado por cualquier actividad humana, si bien los criterios han de ser más amplios que los derivados de la simple lesión de derechos subjetivos absolutos.

---

(6) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

En consecuencia, para que pueda determinarse la existencia de la responsabilidad aquiliana y, consecuentemente, el resarcimiento del daño, no es necesario que el derecho perjudicado por la conducta dolosa, o culposa, del agente sea un derecho absoluto, sino que podría tratarse de un derecho relativo o, meramente, de una expectativa legítima, revelándose la atipicidad del ilícito extracontractual, tal como FRACCON, en la doctrina italiana, puso de relieve<sup>(7)</sup>. En la doctrina española, Fernando PANTALEÓN PRIETO expresaba, sobre este extremo, que el sistema español mantiene una concepción amplia 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<sup>(8)</sup>. Es el órgano judicial el competente para establecer, y verificar, en su caso, si se ha producido la ruptura del justo equilibrio intersubjetivo y, en este caso, intentar restablecerlo mediante el correspondiente resarcimiento.

El daño, en el supuesto que estoy analizando, consiste en la imposibilidad —o extrema dificultad, en otros casos— de ejercicio de la patria potestad, y del derecho de guarda y custodia, en uno de los contenidos de esta función, cual es el de relacionarse con los hijos menores de edad. Ese daño a indemnizar es un daño moral, ocasionado por el progenitor que impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro por una resolución judicial e impide las relaciones con el otro progenitor, y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las mismas acciones penales por desobediencia.

Hay que hacer hincapié, también, a la hora de la configuración del daño moral, en un elemento fundamental, cual la relación de causalidad, a efectos de que nazca la obligación de responder por el daño causado. La causalidad hay que entenderla no tanto como causalidad física, sino en el sentido de la causalidad jurídica, con el empleo de los criterios de imputación objetiva. En este sentido, cabe citar la doctrina jurisprudencial existente en nuestro país a este respecto. Así, por ejemplo, la Sentencia de 14 de octubre de 2008, que declaró, con cita de la dictada el 17 de mayo de 2007, que había que distinguir entre la causalidad material o física, que es la primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que la causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido. De otro lado, la causalidad jurídica es aquella en cuya virtud cabe imputar —o atribuir jurídicamente— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por ella, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —o juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que, este caso, pertenece al ámbito extracontractual.

La Sentencia declaró que «[para] sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal». Hay que remitirse, en este punto, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007.

---

(7) FRACCON, A., «I diritti della persona nel matrimonio. Violazioni dei doveri coniugali e risarcimento del danno», en *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen XXX, enero-marzo de 2001.

(8) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II.

El daño es imputable, jurídicamente, a la madre, al impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que a éste se le había atribuido la guarda y custodia del hijo. No existe, por tanto, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que el criterio de probabilidad, entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, sólo puede ser atribuido a la madre, por ser ésta la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del progenitor, como titular de la guarda y custodia, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva. Pero, al impedirlo, la madre es la que deviene responsable por el daño moral causado al padre.

Me interesa destacar, al llegar a este extremo, que la lesión —o el perjuicio— jurídicamente relevante, desde el punto de vista de la causación de un daño existencial, incide sobre la esfera de la actividad, sobre la actuación de la víctima, al paso que el daño moral —o el marco, o ámbito, de ese daño moral— incide sobre la esfera interna de la persona, sobre los sentimientos, los afectos, las emociones y, en definitiva, sobre todo aquello que constituye la parte más íntima del ser humano y, quizás, también la más frágil.

Una pérdida existencial se consigue no sólo con una forzada renuncia —la pérdida de un *facere*—, sino con una forzada actividad.

Otra vez hay que volver a insistir en el tema ya planteado anteriormente: ¿cabe que el hijo entable una acción de resarcimiento contra el progenitor que le ha impedido —u obstaculizado gravemente— las relaciones familiares con el otro progenitor? Cabría preguntarse en qué fundamento debería apoyarse la pretensión resarcitoria por parte del hijo. La respuesta es evidente: el comportamiento del progenitor incumplidor ha incidido, de forma negativa, en el desarrollo de la personalidad del hijo, repercutiendo, asimismo, en su dignidad como persona, de cara al futuro, cuando sea mayor de edad, y esté en posesión de todos sus derechos. El Ordenamiento Jurídico italiano lo admite en función del citado artículo 2043 del Codice civile, dirigido a reparar —o resarcir— las consecuencias perjudiciales dañosas, del comportamiento doloso o culposo que causa el daño injusto en el hijo, y del que el otro progenitor no es responsable, es decir, el progenitor que se ve impedido de visitar al hijo, de relacionarse con él.

Se distingue, a este respecto, entre el daño existencia y el daño moral. Ya ha quedado apuntado que el daño moral se desenvuelve en un ámbito de carácter subjetivo, mientras que el daño existencia es un daño de carácter objetivo, o que se desarrolla en la esfera objetiva de la persona.

Para valorar el daño moral hay que atender a la esfera emotiva, de sentimientos, de la persona. Y, 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. Aquí se juega con hechos —no con sensaciones, ni estados de ánimo, ni sentimientos—. El daño existencial se refiere a lo que una persona no puede llevar a cabo a causa del ilícito sufrido. Probar el daño existencial es factible, pero, en todo caso, será el órgano judicial el competente para determinar, contando con los medios probatorios adecuados, cuál era la vida de la persona perjudicada antes de que el ilícito tuviera lugar, y, en contraste, cómo es después del ilícito. El daño existencial, según la doctrina italiana<sup>(9)</sup>, va a consistir, propiamente, en aquello que no se puede sobre-

---

(9) SCANDURRA, artículo citado en nota 2.

poner tomando como referencia los dos planos: el del pasado y el del presente. Al fin y al cabo, se trata de verificar cuáles son las incidencias negativas en el desarrollo normal de la personalidad del sujeto afectado.

Según ha expresado BILOTTA<sup>(10)</sup>, en el supuesto de daño existencial, hay que aplicar un método diferencial despatrimonializado, señalando, además, que la prueba del daño existencial tiene una finalidad muy precisa, que es contarle al Juez de qué modo el ilícito ha modificado, aunque sea temporalmente, la vida de la víctima.

Volviendo a la Sentencia objeto de comentario, hay que reseñar que uno de los problemas planteados se refería a la valoración del daño ocasionado al padre, el cual, en su demanda, había solicitado una cantidad muy abultada, atendiendo a las circunstancias del caso y a su gravedad. La Sentencia estimó que, en este supuesto, el daño moral resultaba absolutamente indeterminado, al carecer de parámetros objetivos y más aún si se tiene en cuenta que el padre no había reclamado los daños materiales que le pudieron haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo. Teniendo en cuenta que el daño era irreversible, el Supremo estimó que la cantidad de sesenta mil euros era la adecuada.

Sabemos, a este respecto, que no debe confundirse la prueba de la existencia del daño moral con la prueba de su cuantía y alcance, porque se rigen por principios diversos, ya que, para que proceda la condena a indemnizar, basta que se deduzca de la prueba practicada la realidad de los daños, sin que se requiera, además, que se demuestre su cuantía y alcance exactos y precisos. La valoración del daño moral, así como la fijación de la cuantía de la indemnización, debe hacerse por el órgano judicial con arreglo a criterios de equidad. Por lo que respecta a los elementos de juicio que el órgano judicial debe tener en cuenta para efectuar la liquidación, como ya he resaltado en otra ocasión<sup>(11)</sup>, se hace necesaria la combinación de varios criterios:

- 1.º la idea de que la indemnización que se concede proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido. Sobre esta cuestión, hay que comentar que es imposible determinar, en forma cuantitativa, los dolores y sufrimientos de una persona y, en concreto, de un progenitor que ve cómo su derecho de visitas es sistemáticamente obstaculizado o impedido;
- 2.º el órgano judicial ha de tener en cuenta la condición económica de las partes y, especialmente, de la persona perjudicada;
- 3.º debe atenderse a la mayor, o menor, gravedad de la culpa y, por fin, tomar en consideración la gravedad del daño causado, la intensidad e importancia de los sufrimientos padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de dichos daños.

El tema de los daños morales indemnizables como consecuencia de los incumplimientos del régimen de visitas previamente estipulados ha de ser reconducido en el sentido de

---

(10) BILOTTA, F., «Il danno esistenziale» (Cendon y Ziviz eds.), Milán, 2000.

(11) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, editorial Reus, Madrid, 2010.

afirmar la conveniencia de proseguir la vía —ya abierta— del resarcimiento de daños y perjuicios con fundamento en el artículo 1902 de nuestro Código Civil. Estos incumplimientos generan, qué duda cabe, un daño al progenitor que los sufre, daño que, por lo general, se traducirá en un daño corporal, entendiéndolo éste como un daño extramatrimonial que recae en la esfera del propio cuerpo, o en la integridad física y/o psíquica del progenitor. A su vez, este daño puede tener —en la mayoría de los casos los tiene— ciertas consecuencias pecuniarias presentes y futuras, así como otras al margen de lo estrictamente económico, o consecuencias que integran los denominados daños morales, que también se reparan —en la medida de lo posible, aunque nunca íntegramente, por su irreversibilidad y por el marco familiar en el que se desenvuelven— acudiendo a una indemnización compensatoria, tal como puso de relieve VICENTE DOMINGO<sup>(12)</sup>.

Para finalizar, voy a referirme, a continuación, a la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este aspecto. Hay que resaltar que la admisión de una indemnización por daños morales en supuestos relacionados con el ejercicio del derecho de visitas se viene estimando por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que, efectivamente, no queda suficientemente protegido este derecho en el marco familiar. En este sentido, cabe citar las Sentencias 2000/150, de 11 de julio, así como la de 11 de octubre de 2001 —caso Sahin contra Alemania— y la de 3 de diciembre de 2002 —caso Nowicka contra Polonia—. Cuando, de manera injusta, sin motivo razonable alguno, se priva a un progenitor de la compañía de su hijo, considera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es admisible la indemnización en concepto de daño moral.

Desde mi punto de vista, y volviendo ahora al Ordenamiento Jurídico español, estimo que, en los supuestos de incumplimientos del régimen de visitas por parte de uno de los progenitores, sería oportuno acudir a la vía indemnizatoria del artículo 1902 de nuestro Código Civil, en función de los daños morales que se ocasionan al progenitor que ve impedido —u obstaculizado gravemente— su derecho de visitas. Y, por lo que respecta a los daños de carácter económico —gastos desembolsados en función de esas visitas que, más tarde, se ven impedidas u obstaculizadas—, habría que indemnizar también al progenitor que ha sufrido ese perjuicio económico, sean estos gastos grandes o pequeños, siempre que queden suficientemente acreditados.

Con esta vía de resarcimiento, no se palían todos los inconvenientes y problemas que supone para el progenitor el hecho de verse impedido a relacionarse con su hijo (o hijos), teniendo en cuenta, además, la lentitud que conlleva una acción procesal civil de esta clase. Pero, al menos, se trata de una vía que intenta compensar, en lo posible, los perjuicios derivados de esos incumplimientos. Es, en definitiva, una vía jurídica más que puede ser utilizada en estos supuestos, pero no la única.

---

(12) VICENTE DOMINGO, E., *Tratado de responsabilidad civil*, editorial Aranzadi, Navarra, 2003.



# MEDIACIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO

JAVIER VILAPLANA RUIZ

*Abogado*

«Tristes armas si no son las palabras.  
Tristes, tristes».

(MIGUEL HERNÁNDEZ)

## I. INTRODUCCIÓN

El conflicto es sustancial al ser humano<sup>(1)</sup>. Esta tesis tiene su antítesis en el intento de resolución del mismo que habría de abocar —siguiendo el itinerario dialéctico que venimos utilizando—, a la paz social o síntesis.

Ahora bien, los conflictos son múltiples, infinitos, y pueden ir desde la riña familiar o la discusión en un bloque de vecinos<sup>(2)</sup> hasta el enfrentamiento bélico entre estados. Paralelamente, las antítesis —o medios de solución de la disputa—, también pueden adoptar una gran variedad de formas y maneras: desde el diálogo entre padre e hijo hasta el proceso judicial penal.

Nos preocupa aquí aquel conflicto que, por caer dentro del ámbito de aplicación del Derecho, trasciende la mera esfera de las normas sociales<sup>(3)</sup>.

Partiendo de tal premisa, la principal respuesta que el Derecho tiene para intentar solucionar las controversias —mediante su legítimo monopolio de la violencia— es a través del proceso judicial; sin embargo, la actual consideración del litigio como de «suma cero» —uno gana en perjuicio de otro, que pierde— desemboca en que las partes en lucha abandonen el diálogo de fondo y se enfraquen en discursos cuanto menos dialécticos —en el peor de los casos, retóricos, erísticos o sofísticos—, que discurren por los vericuetos del

---

(1) «El conflicto es un fenómeno consustancial a toda sociedad, y cuanto más compleja es ésta, más complejos aquellos. La sociología general se ha hecho cargo de este hecho, hasta el punto de que existen enfoques (los llamados enfoques “conflictualistas”) que sitúan el conflicto en el centro de la consideración sociológica». ROBLES, G., en *Sociología del Derecho*, ed. Civitas, 2.ª edición.

(2) Estos ejemplos son citados por RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. en «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley* n.º 7.557, 28 de enero de 2011.

(3) La norma social puede definirse como «regularidades sociales de comportamiento que en los casos de desviación vienen corroboradas (o fortalecidas) mediante sanciones negativas». POPITZ, en *Die normative konstruktion von Gesellschaft*, citado por ROBLES, G. ibidem, página 95.

procedimiento mismo usado a la sazón como otra arma válida en la lucha sin cuartel que termina en Sentencia.

La verdad que resulta, en la mayoría de los casos, es meramente formal, procesal, *teatral*. En muy contadas ocasiones se apuesta y se consigue que aflore la verdad material de las cosas: la verdad ontológica<sup>(4)</sup>.

En efecto, y centrando ahora nuestra atención en el ámbito penal, la Justicia —*rectius*, el Derecho— se polariza en torno a la noción de castigo. El proceso criminal es un monólogo basado en el interrogatorio del imputado, de la víctima y de los testigos, encaminados todos, unidireccionalmente, al castigo del culpable y al cumplimiento de funciones más simbólicas que propiamente reales<sup>(5)</sup>.

Es decir, el Derecho Penal queda conformado mediante un conjunto de interrogatorios y monólogos que se alejan del valor de la palabra, del diálogo, como fuente de apaciguamiento y resolución de litigios. Y, lo más grave, se aleja también de la preocupación por la víctima.

Ante la situación a que acabamos de hacer mención, de un tiempo a esta parte, los ciudadanos —*huyendo del Derecho*— han comenzado a buscar otras formas, alternativas, de solución de conflictos —aquellos que, como se ha dicho *supra*, trascienden el ámbito de la norma social—. Se persiguen, así, vías más rápidas, más baratas o más cercanas, o que, simplemente, reporten una mayor sensación ideal de Justicia a su controversia. Pensamos, es claro, en fórmulas como el arbitraje —de equidad o de derecho— o, esencialmente, en la mediación<sup>(6)</sup>.

La mediación es un instrumento que tiene como fin la paz social, como cauce el diálogo entre iguales y como instrumento la figura del mediador imparcial<sup>(7)</sup>.

Se trata de un procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos en el que con la participación e intervención de la persona del mediador se facilita la comunicación, el diálogo

---

(4) En este «juego de roles», el acusado «niega como un bellaco, el fiscal pide más de la cuenta para reservarse un margen de maniobra, y el juez asiste, a modo de incómodo testigo, al mercadeo de penas que se produce en las conformidades». SEGOVIA BERNABÉ, J.L., en *Diálogo, justicia restaurativa y mediación*, <www.caritas.es>.

(5) Sobre el efecto simbólico del Derecho Penal, sobre el Derecho Penal del Enemigo y sobre el fenómeno expansivo de la política criminal vid. «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», de CANCIO MELIÁ, M., en la obra *Derecho penal del enemigo* de JAKOBS, G., Cuadernos Civitas, 2.ª edición.

(6) «La incidencia que las actuaciones delictivas tienen en la conciencia ciudadana hace que cada día más se pretenda una justicia acelerada, una justicia casi instantánea. Muchas veces esta exigencia se plantea como imperiosa, sin la necesaria reflexión y con el alto precio del deterioro o menoscabo de las garantías fundamentales procesales irrenunciables, y con la única justificación, no siempre suficiente, de la efectividad de la tutela al ciudadano». MARTÍN DIZ, F., en «Reflexiones sobre violencia de género y mediación penal: ¿es una alternativa viable?», en la *Revista Derecho en libertad* n.º 3 de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey.

(7) De acuerdo con el Profesor SEGOVIA BERNABÉ, la mediación pasaría por las siguientes fases:

- De contacto con infractor y con la víctima.
- De negociación mediante el diálogo: descripción del problema; verbalizar sentimientos, causas, consecuencias del hechos; miedos y sentimientos hacia otra persona.
- De acuerdo, con notificación a la autoridad (v.g. el Ministerio Fiscal).
- De suscripción de un documento con el llamado «plan de reparación».
- De ejecución: se lleva a cabo la reparación acordada conforme al plan concertado.
- De seguimiento.

y la negociación, todo ello al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto<sup>(8)</sup>.

Partiendo de lo dicho, se aprecia cómo a través de la mediación se pretende encontrar una solución mediante el ejercicio —empático— de escuchar en vez de usar la fuerza, buscar arreglos antes que dar órdenes, y compensar en lugar de represaliar y castigar.

## II. MEDIACIÓN PENAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Como se ha anticipado, dentro del elenco de alternativas al proceso penal ha alcanzado un inusitado protagonismo<sup>(9)</sup> la denominada Justicia Restaurativa o «*restorative justice*», definida bien como un proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva cómo tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro, o bien como toda acción orientada principalmente a hacer Justicia mediante la reparación del daño causado por el crimen.

El concepto de justicia restaurativa —que en su terminología anglosajona fue acogido por el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993— se presenta como una antítesis a la justicia retributiva, de tal suerte que centra su punto de vista en víctima e infractor (también en la sociedad misma), verdaderos actores del ilícito penal, para que, a través de un descubrimiento mutuo, se restaure el conflicto generado por el delito, desterrando el dolor y el resentimiento, al mismo tiempo que reparando el daño producido.

En nuestro país, más allá de la legislación penal de los menores<sup>(10)</sup>, el punto de partida positivo de cualquier análisis sobre la mediación en el ámbito criminal ha de situarse en la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativo al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, más concretamente en su artículo 10, que establece lo siguiente:

«Mediación penal en el marco del proceso penal

1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.
2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales».

---

(8) Definición extraída del art. 2 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(9) Baste, *ad exemplum*, teclear el término «Justicia Restaurativa» en la Red —el termómetro actual para medir la importancia de las cosas— para apreciar el gran predicamento de esta institución.

(10) Vid. el art. 19 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, donde se acoge la *conciliación*, suerte de mediación en la que el menor infractor reconoce su ilícito y queda comprometido al cumplimiento de reparar el daño causado a la víctima.

Esto es, se trata de un mandato —aún no cumplido por nuestro Legislador— dirigido al impulso de la mediación en el ámbito penal, entendiéndose, por la propia Decisión, como «mediación» cuanto se contiene en su artículo 1.e, que define:

«mediación en causas penales»: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente.

Nótese cómo la Decisión Marco recoge las esencias de la mediación: acuerdo negociado, participación de víctima y autor, supervisión y moderación de un tercero, en este caso investido de autoridad<sup>(11)</sup>.

Este mandato europeo (que ha tenido respuesta en el Derecho Comparado, como es el caso de la Ley 21/2007, de mediación penal en Portugal, no así en nuestro propio ordenamiento jurídico) choca frontalmente con lo prevenido en el artículo 44 de la L.O. 1/2004 (de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), que incorpora el artículo 87 *ter* a la LOPJ, el cual expresamente veda o prohíbe la mediación en supuestos de violencia de género, prohibición que, aun aparentemente circunscrita al ámbito del Derecho (Civil) de Familia, no parece susceptible de disociarse artificiosamente del ámbito penal de la violencia de género<sup>(12)</sup>.

No obstante lo dicho, no todo es anomia en nuestro ordenamiento jurídico criminal de adultos en relación con la mediación, de tal modo que en el propio Código Penal se atisban por la Doctrina<sup>(13)</sup> supuestos tales como la confesión del culpable (circunstancia atenuante recogida en el artículo 21.4 del CP) o la reparación del daño ocasionado a la víctima (atenuante sancionada en el artículo 21.5 también del CP), instituciones ambas que responderían a parámetros relacionados con la Justicia Restaurativa.

Con tales antecedentes, cabe preguntarse ahora sobre la idoneidad, es claro que *de lege ferenda*, de permitir dar entrada a la mediación penal en supuestos de violencia de género.

La mediación, *in abstracto*, presupone la igualdad de partes que se sientan a dialogar y negociar. Pues bien, es claro —y por este motivo se alzan las voces más críticas con la posibilidad de introducir la mediación en supuestos de episodios de violencia de género— que en los casos que entran dentro del ámbito de aplicación de la meritada LO 1/2004 (Medidas

---

(11) Se ha de expresar que desde marzo de 2006 —momento en que expiró el plazo contenido en la meritada Decisión europea— España incumple el mandato de promoción de la mediación penal en nuestro Ordenamiento.

Sin embargo, en materias como el Derecho Civil de Familia el Legislador sí que ha apostado por la mediación, tal y como se aprecia en la dicción del artículo 770.7 de la L.E.Civ. —«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación»—, según la redacción dada por la Ley 15/2005, norma ésta que apuesta decididamente por la mediación y que contiene, en su Disposición Final Tercera un (incumplido) mandato al Gobierno para que presente un Proyecto de Ley sobre «mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas» —*sic*—.

(12) En sentido contrario, no obstante, se manifiesta RODRÍGUEZ LAINZ, *ibidem*, páginas 10 y 11.

(13) RODRÍGUEZ LAINZ, *ibidem*, páginas 6 y 7. También SEGOVIA BERNABÉ, *opus cit.*

de Protección Integral contra la Violencia de Género)<sup>(14)</sup> no existe, *ex initio*, una posición de igualdad entre la víctima y el victimario.

Sin embargo, de acuerdo con cuanto se lleva explicado, resulta obvio que esta circunstancia, por sí sola, no puede ser suficiente para impedir cualquier suerte de mediación en supuestos de violencia de género, puesto que en todo el ámbito penal hay una situación de desigualdad entre agresor y perjudicado que, no obstante, no supone obstáculo para que se pueda intentar una solución restaurativa<sup>(15)</sup>.

Salvado lo anterior, conviene ahora cuestionarse si desde el punto de vista de la política criminal es conveniente o no la instauración de la mediación en los episodios de violencia de género.

En primer lugar debemos afirmar, como no puede ser de otra manera, que debe descartarse una suerte de mediación general y en todo caso para cualquier supuesto de los prevenidos en el Código Penal, y ello, resulta obvio, porque existen situaciones sociológicamente patológicas o de tal manera arraigadas que no son susceptibles de redención, así como delitos en los que, sin más, ha de operar el rigor del Derecho Penal del Estado<sup>(16)</sup>.

Sin embargo, y ahí debemos fijar nuestra atención, no en todas las situaciones en que se comete un delito o falta propio del entorno de la violencia de género<sup>(17)</sup> prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer, ni siempre ésta es ya irreparable.

No son pocos los supuestos en los que el conflicto penal —presumiblemente por un previo conflicto subyacente de naturaleza civil o familiar— es ocasional —v.g. una discusión que desemboca en la realización de una falta de vejaciones injustas—, y es ahí donde, sin duda, la mediación penal —que parte de una situación de deterioro personal y

---

(14) El artículo 1 de la citada Ley, haciéndose eco de la postura internacional al respecto —en este sentido, en la Exposición de Motivos se hace mención a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha contra la Violencia de Género, entre otros—, describe el objeto de la propia Norma en cuanto que se pretende actuar contra la manifestación de la **discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**.

(15) La propia y citada Decisión Marco 2001/220/JAI, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, parte, precisamente, de la situación de desventaja y desigualdad de quien ha sufrido un delito para establecer normas para su protección.

(16) ¿Es pensable sentar a dialogar a quien ha intentado quemar viva a su esposa con ésta para intentar una solución negociada a su conflicto?, se pregunta MARTÍN DIZ en su *opus cit.*

(17) Es decir (art. 87 *ter* de la LOPJ): homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, en especial las acciones criminales prevenidas en los arts. 153 (menoscabo físico o psíquico, maltrato de obra) y 173.2 del CP (violencia física o psíquica habitual); por último, también las faltas contra las personas y contra el patrimonio (arts. 617 y siguientes) del CP. En todo caso cuando se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

de un ilícito criminal de menor entidad y, por ello, con menor reproche social y penológico—, podría tener un mayor beneficio, especialmente para la víctima, pero también para el agresor, que cuanto resultara de la Justicia administrada por los Tribunales ordinarios, en numerosos casos principio de sucesivos episodios, en ocasiones, luctuosos.

En la mediación, la víctima —insistimos, verdadera protagonista de esta institución— recupera su posición de igualdad frente a su agresor, que reconoce su falta (lo que, como se ha visto *supra*, no es lo común en los procesos penales estándar), llegándose, por tanto, a la verdad ontológica —que, en sí misma, ya es reparación para muchas víctimas—. Del mismo modo, se evita así también la llamada «victimización secundaria»<sup>(18)</sup>, de forma que la perjudicada no se culpabiliza por el *mal* causado a su agresor con la denuncia y ulterior condena —todo esto, es obvio, tiene, además, repercusiones en el ámbito familiar y de amistades—. Por último, frente a la postura esencialmente elusiva de todo reo en el proceso judicial ordinario, se garantiza, con el compromiso del victimario, la reparación (especialmente moral) del daño que se le ha infligido a la víctima.

Cabe, finalmente, cuestionarse cómo articular, dentro del procedimiento mismo, una eventual mediación en el marco del Derecho Penal.

Parece —siguiendo a RODRÍGUEZ LAINZ— que el momento natural para que opere el instituto de la mediación es la fase de instrucción, aunque —véase el contenido del antes citado art. 21.5 del CP— no parece que haya obstáculo a que pudiera iniciarse un procedimiento alternativo de solución incluso justo antes del comienzo del juicio oral o como cuestión previa en el seno de la vista.

En los juicios de faltas en los que no existe fase instructora, por otra parte, la mediación habría de plantearse entre la denuncia y el comienzo de la celebración del juicio.

Siguiendo precisamente el camino adoptado por nuestro Código Penal en los citados apartados 4 y 5 del artículo 21, no parece acertado permitir la mediación durante la celebración del Juicio o aun tras el fin de éste, ya que cabe la más que probable postura del reo de concluir un acuerdo negocial no por convicción con las reales motivaciones que mueven a la mediación —confesión, reparación del daño, etc.—, sino por mero interés en evitar una mayor y más grave condena, pervirtiéndose así —por su utilización en fraude de Ley— la naturaleza misma del instituto mediador.

Por último, entendemos que no es dable una mediación penal *strictu sensu* sin que los Tribunales de Justicia tengan constancia de la *notitia criminis*, y ello toda vez que, conforme a la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, se precisa la intervención de una *persona competente*, amén de que tal supuesta mediación *a-procesal* o *pre-procedimental* no contaría con el debido control de que la víctima no se encuentra en situación desventajosa o de desequilibrio respecto de su victimario, y no es posible mediación entre desiguales.

---

(18) Según N. CHRISTIE, «La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble, en primer lugar frente al infractor y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto; el Estado le roba su conflicto. Todo es llevado a cabo por profesionales quienes a causa de su instrucción (de nuestra instrucción) son incapaces de dejar que las partes decidan lo que crean pertinente».

### III. CONCLUSIÓN

La mediación penal supone un tránsito de la Justicia vindicativa a la Justicia Restaurativa, una apuesta por el diálogo frente al mero interrogatorio; una búsqueda de la verdad real frente a la, aparente, procesal.

La mediación parte de colocar a la víctima —también los intereses de la comunidad— y la necesidad de reparación del daño a ella infligida en preeminente lugar.

Se trata de, en palabras de SEGOVIA BERNABÉ, reformular el propio sistema *desde* la víctima y los intereses de la comunidad, que en ningún caso pueden ser ajenos a la rehabilitación y reinserción social del infractor como horizonte social y legal.

La mediación soluciona el conflicto penal —con lo que da respuesta, también, al interés de reprensión propio del punitivismo estatal—, remedia también el conflicto subyacente entre víctima y victimario y, por último y toda vez que parte del reconocimiento del hecho por parte del agresor, garantiza el resarcimiento global de la víctima.

La mediación penal en supuestos de violencia de género, *de lege ferenda* y con las limitaciones en cuanto a supuestos delictivos concretos y de menor entidad a que se ha hecho mención en el presente trabajo, no sólo constituye la concreción de un mandato europeo, sino que, además, puede ser una institución beneficiosa —más a más puesta en relación con la mediación familiar misma— ya que podría reducir la litigiosidad, la judicialización excesiva de nuestro país o la desconfianza en una «justicia lenta y desprestigiada»<sup>(19)</sup>, a la par todo ello que repararía íntegramente el daño ocasionado a la víctima, verdadera protagonista del conflicto y en quien han de posarse, en esencia, todas nuestras miradas y atenciones.

---

(19) Diario *El País* en su versión digital del pasado y reciente 4 de enero de 2011.



Revista de

# Derecho de Familia

---

**PUBLICACIONES, NOTICIAS  
Y DATOS DE INTERÉS**

---



**INTERÉS LEGAL DEL DINERO**

<b>Año</b>	<b>%</b>
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							

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS  
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

<b>Ingresos</b>	<b>1 hijo</b>	<b>2 hijos</b>	<b>3 hijos</b>	<b>4 hijos</b>
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

---

**AVANCES 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 inadecuado para transmitir mensajes de responsabilización de los menores por la conducta realizada.

[TSJ País Vasco, Sentencia de 8 de febrero de 2011]

---

## 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]

---

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 Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010]

---

La madre ha incumplido de modo deliberado y reiterado el régimen de visitas siendo patente la persistencia de la negativa al cumplimiento del régimen de visitas en los términos establecidos en la Sentencia recurrida, su nula voluntad de sometimiento al Programa de Intervención Familiar, manteniéndose negativa a cualquier cambio de actitud, por lo que se considera conveniente el cambio de custodia a favor del padre que contará con la ayuda y apoyo inicial de su hermana.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

---

Se desestima la petición del padre de que se le atribuya la guarda y custodia de la menor pues es determinante para decidir sobre la pretensión del actor la situación de paradero desconocido en que se encuentra aquélla.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2010]

---

No se acuerda el cambio de custodia dado que ese tipo de roces que provienen de la convivencia con los adolescentes a los que se trata de educar, los tiene únicamente el progenitor que tiene que desempeñar la comprometida función diaria. No los tendrá aquel que por estar trabajando se relaciona muy poco con sus hijos, y menos si por tener elevados ingresos aparece ante sus hijas como espléndido y dádivo padre. Si la madre discute con sus hijas por aquellas razones pueriles que han indicado las hijas, es evidente que ésta sería la que aparentemente más se está esforzando en su educación, en cuya función entra el denegar debidamente y en controlar lo que fuere necesario.

[AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2010]

---

## RÉGIMEN DE VISITAS

---

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

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

---

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]

---

Vistas las circunstancias especiales que concurren y que son debidas al trabajo del padre, que lo desarrolla fuera de Vinaroz, se establece un régimen de visitas de fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, no pudiendo llevarse a la niña más allá de las inmediaciones de la dicha localidad por razón de su edad. En el supuesto de no poder desplazarse por motivos de trabajo, deberá anunciárselo a la madre al menos con tres días de antelación.

[AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2010]

---

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, par-

ques, 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 horas a 14,00 horas.

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

---

La resolución judicial prohíbe a la madre la salida del territorio español junto a la hija menor. Independientemente de quien adquiriera el billete, si la madre o su cuñado, lo cierto es que en ambos casos se aprecia el riesgo que valoró el juzgador de instancia para acordar la medida.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de diciembre de 2010]

---

## VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

---

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]

---

Se estima la demanda de desahucio por falta de pago de la renta interpuesta contra el esposo, a pesar de que judicialmente se atribuyó el uso a la esposa al no haberse producido formalmente la subrogación no constando notificación alguna al arrendador en tal sentido.

[AP Burgos, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de enero de 2011]

---

No es ajustado a derecho otorgar al cónyuge no titular el uso sin limitación temporal de la vivienda familiar en base únicamente al tiempo de convivencia y a la edad de los litigantes, máxime en un caso en el que la esposa percibe una pensión de jubilación de 1.240 euros, 1.136 euros por alquiler de inmuebles de su titularidad y una pensión compensatoria de 6.000 euros. En consecuencia, procede limitar el uso de la vivienda familiar a cuatro años.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 16 de diciembre de 2010]

---

Siendo controvertido el hecho de cuál de los dos domicilios tiene carácter familiar, se atribuye el uso de aquel que sirvió de alojamiento para la familia una vez reanudada la convivencia conyugal, careciendo de relevancia que sea titularidad de una sociedad patrimonial que pertenece a la familia del esposo.

[AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010]

---

## PENSIÓN ALIMENTICIA

---

No encontrándose el pago de la mutua médica incluido en el convenio regulador debe desestimarse la demanda de ejecución, pues tratándose de un gasto ordinario, se incluye en la pensión alimenticia.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 19 de enero de 2011]

---

Es cierto que las circunstancias económicas son complicadas para el padre, percibiendo únicamente subsidio de desempleo, pero no puede suprimirse su contribución a los gastos extraordinarios pues ello supondría dejar prácticamente la alimentación y educación del hijo común a cargo de la progenitora custodia.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

---

No se ha acreditado una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el anterior pleito de alimentos, respecto de las actualmente concurrentes en la incapaz que autorice la disminución pretendida de la pensión alimenticia que abonan los hijos, ya que la existencia de un saldo bancario no permite deducir su suficiencia y el eventual destino del depósito será para cubrir necesidades o urgencias no previstas.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

---

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]

---

Se ha de partir de la realidad de una modificación relevante de la situación económica del padre que ha visto reducidos sus ingresos económicos a la mitad de los que tenía en la fecha de fijación de la pensión que ahora se pretende modificar.

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

---

## 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]

---

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

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

---

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

[TSJ Cataluña, Sentencia de 17 de enero de 2011]

---

La convivencia duró más de 19 años, no teniendo hijos, ambos han trabajado disponiendo de ingresos propios. A partir de la ruptura, la esposa se encuentra en estos momentos de baja obteniendo 752 euros mensuales y su situación tiene cierta relación con la crisis matrimonial. Se acuerda fijar una pensión compensatoria de 500 euros mensuales durante dos años.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

---

Se deja sin efecto la pensión compensatoria pues su concesión no puede basarse en un hecho futuro 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 es-

posa 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 Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010]

---

Debe tenerse en cuenta que ya han transcurrido ocho años desde que se acordó la pensión compensatoria, y que, si bien las partes estuvieron casadas durante 34 años, también ha sido largo el lapso temporal de abono de aquélla, siendo procedente limitarla en el tiempo a siete años, con lo que en total se habrá percibido durante 15 años, tiempo que se considera razonable a los efectos pretendidos por la ley.

[AP Castellón, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2010]

---

## 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]

---

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]

---

Teniendo en cuenta que la actuación del esposo, en situación procesal de rebeldía, no ha obstaculizado ni entorpecido de forma alguna el éxito de la pretensión de la parte actora, ni tampoco ha encarecido el proceso, lo razonable es no hacer imposición de costas.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2010]

---

Al recibir una petición de medidas previas en cuyo texto aparece un relato de hechos que puede ser calificado como de violencia sobre la mujer, pero sin proceso penal alguno en marcha, el Juez civil debió citar inmediatamente a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia en las siguientes 24 horas y, tras ella, el Ministerio Fiscal hubiera decidido si procedía denuncia ante el juzgado especializado en violencia sobre la mujer. Entretanto, debía continuar conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 23 de diciembre de 2010]

---

La valoración de la prueba pericial según la regla de la sana crítica no puede modificarse, salvo que sea claramente ilógica o absurda, y el recurso extraordinario por infracción procesal no es el idóneo para su impugnación.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 20 de diciembre de 2010]

---

## EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

---

Se acuerda el lanzamiento del ex esposo que ha ocupado la vivienda familiar cuyo uso se atribuyó a la esposa, dado que la causa de extinción alegada por el demandado no puede analizarse en el marco del proceso de ejecución.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 31 de enero de 2011]

---

Aunque una posterior sentencia ha reducido la cuantía de la pensión alimenticia, se desestima la oposición a la ejecución en la que se reclamaban las pensiones alimenticias no abonadas pues la sentencia modificativa no tenía efectos retroactivos.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 13 de enero de 2011]

---

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]

---

No obstante la sentencia penal absolutoria en el juicio de faltas, es de apreciar la existencia de una transgresión jurídica civil, en forma de ilícito de tal naturaleza, relativa al incumplimiento del régimen de visitas señalado en la sentencia de divorcio.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 15 de diciembre de 2010]

---

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]

---

La estipulación entre las partes, plasmada en la documental privada, tan sólo revela la existencia de un período de prueba de estancia de las menores con su padre, sin alterarse mientras tanto las pensiones de alimentos, hasta que judicialmente, y en virtud del Auto de medidas provisionales coetáneas al proceso de modificación de medidas del divorcio, se declaró judicialmente el cambio de la guarda y custodia y de las pensiones alimenticias, por lo que procede seguir adelante la ejecución por impago de pensiones.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 24 de noviembre de 2010]

---

## REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

---

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]

---

Teniendo en cuenta que el esposo no percibió los dividendos correspondientes a los años 2006 y 2007, al imputarse al dinero que él mismo pidió prestado a la empresa durante los años 2004 y 2005, debe presumirse su aplicación a necesidades de la sociedad conyugal.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

---

Si bien los planes de pensiones titularidad del esposo tienen carácter privativo, debe reconocerse el carácter común de las aportaciones realizadas por la sociedad conyugal a dichos planes actualizadas oportunamente.

[AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de enero de 2011]

---

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]

---

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]

---

## 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]

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]

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, y 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]

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]

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]

## FILIACIÓN

Se declara la nulidad del auto de inadmisión a trámite de una demanda de impugnación de filiación que fue declarada en virtud de una sentencia dictada en el año 1964 por un tribunal peruano, al no haberse dado respuesta a la petición efectuada por la actora en cuanto a la

aplicación de la disposición adicional sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual «las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

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

---

## UNIONES DE HECHO

---

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

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

---

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]

---

Se inadmite la demanda de diligencias preliminares para la exhibición e inventario de los objetos que componen el ajuar que ha quedado en posesión de la demandada. La aplicación analógica del procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial no es posible a las parejas de hecho y no cabe la asimilación procesal de la división de bienes de los supuestos matrimoniales.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 12 de noviembre de 2010]

---

Si bien es cierto que las partes han mantenido una relación de pareja o de convivencia *more uxorio* aproximadamente durante dieciocho años, no se aprecia que dicha ruptura convivencial haya producido a la actora un desequilibrio económico o un perjuicio que deba reintegrarse, toda vez que esta última, de 40 años de edad, ha estado compaginando durante la relación mantenida la dedicación a la familia, hijos y hogar con su actividad laboral.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2010]

---

La actora es propietaria única de la vivienda en donde reside junto a sus hijos y se constató su voluntad de mantener patrimonios separados durante la convivencia, por lo que no se considera adecuado concederle el uso de la vivienda propiedad del que fue su compañero sentimental, pues los menores tienen cubiertas sus necesidades de alojamiento en el inmueble que actualmente ocupan.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2010]

---

## SUCESIONES

---

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]

---

No se ha constatado ni objetivizado acto de efectiva aceptación de la herencia en condición de dueño o heredero y ni actos de efectiva ocultación de bienes hereditarios por los herederos, por lo que procede declarar la eficacia de la renuncia frente a terceros-acreedores.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010]

---

## CUESTIONES PENALES

---

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]

---



## NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de *Derecho de Familia* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Familia. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la Revista de *Derecho de Familia* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *redaciv@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán 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.